REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ANO XIX - N. 139 - OUTUBRO / DEZEMBRO DE 2018 - ISSN 1982-1506

Judicialização em massa e mediação: uma (necessária) releitura do direito fundamental de acesso à justiça

Pedro Henrique Meira Figueiredo

*

Breves notas sobre o controle de convencionalidade – novo paradigma para a magistratura brasileira

Sylvia Marlene de Castro Figueiredo

*

Soberania e corrupção no poder

Eliana Borges de Mello Marcelo

O direito do contribuinte de errar e de reparar o dano: revisitando o mito da incompatibilidade da denúncia espontânea com os casos de descumprimento de deveres instrumentais

Caio Augusto Takano

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista
Desembargador Federal André Nekatschalow

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

ISSN 1982-1506

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região	São Paulo	Ano XIX	n. 139	p. 1-533	Out./Dez. 2018

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal André Nekatschalow

ASSESSORA: Simone de Alcantara Savazzoni

EQUIPE:

Maria José Lopes Leite / Renata Bataglia Garcia

Capa, projeto gráfico e ilustrações: Mazé Leite

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

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

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

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

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

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

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

DESEMBARGADORES FEDERAIS[1]

THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98 - Presidente[2]
NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99 - Vice-Presidente[3]
Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002 - Corregedor-Regional [4]
DIVA Prestes Marcondes MALERBI - 30/3/89
Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95
ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95
MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95
NEWTON DE LUCCA - 27/6/96
Otavio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97
FÁBIO PRIETO de Souza - 24/4/98
CECÍLIA Maria Piedra MARCONDES - 14/8/98
MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99
CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002
MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002
Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002
NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003
SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003
ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003
LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003
Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003
ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004
Maria LUCIA Lencastre URSAIA - 01/7/2010
JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010
DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010
FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/1/2011 [5]
PAULO Gustavo Guedes FONTES - 24/2/2012
NINO Oliveira TOLDO - 24/4/2013
MÔNICA Autran Machado NOBRE - 24/4/2013
TORU YAMAMOTO - 04/10/2013
MARCELO Mesquita SARAIVA - 04/10/2013
TÂNIA Regina MARANGONI - 04/10/2013
Luiz Alberto de SOUZA RIBEIRO - 04/10/2013
DAVID Diniz DANTAS - 04/10/2013
MAURÍCIO Yukikazu KATO - 11/12/2014
HÉLIO Egydio de Matos NOGUEIRA - 11/12/2014
GILBERTO Rodrigues JORDAN - 11/12/2014
PAULO Sérgio DOMINGUES - 11/12/2014
WILSON ZAUHY Filho - 16/02/2016
ANA Lúcia Jordão PEZARINI - 16/02/2016
NELSON de Freitas PORFÍRIO Junior - 16/02/2016
VALDECI DOS SANTOS - 16/02/2016
CARLOS Eduardo DELGADO - 16/02/2016
INÊS VIRGÍNIA Prado Soares - 16/03/2018

[1] Composição do TRF 3ª Região atualizada até 05/12/2018.
[2] Não integra as Turmas. Preside a Sessão Plenária e a do Órgão Especial.
[3] Não integra as Turmas. Preside as Seções.
[4] Não integra as Turmas.
[5] Ouvidor-Geral da 3ª Região.

PRIMEIRA SEÇÃO

PRIMEIRA TURMA:

HÉLIO NOGUEIRA
WILSON ZAUHY - Presidente
VALDECI DOS SANTOS

SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
SOUZA RIBEIRO

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

CECÍLIA MARCONDES
MAIRAN MAIA
NELTON DOS SANTOS - Presidente
ANTONIO CEDENHO

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA
MÔNICA NOBRE - Presidente
MARCELO SARAIVA

SEXTA TURMA:

DIVA MALERBI - Presidente
FÁBIO PRIETO
CONSUELO YOSHIDA
JOHONSOM DI SALVO

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

TORU YAMAMOTO - Presidente
PAULO DOMINGUES
CARLOS DELGADO
INÊS VIRGÍNIA

OITAVA TURMA:

NEWTON DE LUCCA
LUIZ STEFANINI
TÂNIA MARANGONI - Presidente
DAVID DANTAS

NONA TURMA:

MARISA SANTOS
DALDICE SANTANA
GILBERTO JORDAN - Presidente
ANA PEZARINI

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
LUCIA URSAIA
NELSON PORFÍRIO

QUARTA SEÇÃO

QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW - Presidente
PAULO FONTES
MAURÍCIO KATO

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA:

JOSÉ LUNARDELLI
FAUSTO DE SANCTIS
NINO TOLDO - Presidente

EX-DIRETORES DA REVISTA

GRANDINO RODAS (30/03/1989 a 11/04/1993)
DIVA MALERBI (02/05/1993 a 01/05/1995)
ANA SCARTEZZINI (02/05/1995 a 27/03/1998)
SUZANA CAMARGO (19/06/1998 a 01/05/2001)
MARLI FERREIRA (02/05/2001 a 04/05/2003)
SALETTE NASCIMENTO (05/05/2003 a 01/05/2005)
NEWTON DE LUCCA (10/06/2005 a 01/05/2007)
FÁBIO PRIETO (21/06/2007 a 03/03/2010)
EVA REGINA (04/03/2010 a 31/03/2011)
MÁRCIO MORAES (12/05/2011 a 07/03/2012)
ANTONIO CEDENHO (08/03/2012 a 14/03/2014)
LUCIA URSAIA (15/03/2014 a 02/03/2016)
NERY JÚNIOR (03/03/2016 a 28/02/2018)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

Judicialização em massa e mediação: uma (necessária) releitura do direito fundamental de acesso à justiça
Pedro Henrique Meira Figueiredo 15

Breves notas sobre o controle de convencionalidade – novo paradigma para a magistratura brasileira
Sylvia Marlene de Castro Figueiredo 29

O direito do contribuinte de errar e de reparar o dano: revisitando o mito da incompatibilidade da denúncia espontânea com os casos de descumprimento de deveres instrumentais
Caio Augusto Takano 41

Soberania e corrupção no poder
Eliana Borges de Mello Marcelo 59

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

Responsabilidade civil. Erro médico. Cirurgia plástica estética. Obrigação de resultado. Conselho Regional de Medicina. Falta de fiscalização. Indenização por danos materiais, morais e estéticos. Inversão do ônus sucumbencial.
Ap 0006922-12.2002.4.03.6000
Desembargador Federal Nelton dos Santos 85

Mandado de Segurança. Ordem dos Advogados do Brasil. Processo ético disciplinar. Observância dos princípios constitucionais. Ampla defesa e contraditório. Legalidade da penalidade imposta. Ausência de caráter perpétuo.
Ap 0001390-09.2006.4.03.6100
Desembargadora Federal Marli Ferreira 94

Mandado de Segurança. Suspensão de fornecimento de energia elétrica. Ausência de inadimplemento de contas em andamento. Suposta ocorrência de fraude.
ReeNec 0009067-07.2008.4.03.6105
Desembargador Federal Marcelo Saraiva 97

Dano moral. Paciente submetido a procedimento cirúrgico. Hospital da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Processo infeccioso. Perda do globo ocular direito. Uso de prótese ocular. Alta hospitalar a pedido. Importância do tratamento mediante internação. Dano e evento danoso. Conduta dos réus e nexo de causalidade. Dever de indenizar.
Ap 0000735-23.2009.4.03.6006
Desembargadora Federal Diva Malerbi 101

Ação regressiva. INSS. Acidente de trabalho. Ressarcimento ao erário. Empregador. Prescrição. Apuração criminal dos fatos. Causa impeditiva da prescrição. Julgamento não unânime. Submissão à técnica do artigo 942 do CPC/2015.
Ap 0004178-48.2010.4.03.6102
Desembargador Federal Wilson Zauhy 114

Mandado de Segurança. Pensão temporária por morte. Servidor público falecido. Beneficiário maior de 21 anos e não inválido. Cobrança de valor pago anteriormente à extinção do benefício. Natureza alimentar do benefício. Presunção de boa-fé no recebimento. Restituição dos valores recebidos por força de liminar.
MS 0022388-85.2012.4.03.6100
Desembargador Federal Nery Júnior..... 126

Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Direito à produção de prova pericial.
ApReeNec 0022354-42.2014.4.03.6100
Desembargador Federal Cotrim Guimarães..... 143

DIREITO COMERCIAL

Registro de comércio. Efeitos subjetivos da sentença. Poder regulamentar. Exigência de publicação das demonstrações financeiras. Sociedades de grande porte não constituídas sob a forma de S/A. Ausência de previsão legal. Inaplicabilidade do § 2º do artigo 22 da Lei nº 9.656/1998 para a impetrante.
ApReeNec 0006785-30.2016.4.03.6100
Desembargador Federal Souza Ribeiro 149

DIREITO CONSTITUCIONAL

Arguição de Inconstitucionalidade. Artigo 97 da Constituição Federal. Ação Civil Pública. Plano de assistência social. Vedação ao retrocesso em direitos sociais. Inconstitucionalidade dos artigos 38 e 42, ambos da Lei nº 12.865/2013.
ARGINC 0000663-18.2005.4.03.6122
Desembargador Federal David Dantas 161

Ação Civil Pública. Compensação ambiental. Artigo 225 da Constituição Federal. Lei Federal nº 9.985/2000. Decreto nº 4.340/2002. Resolução CONAMA nº 371/2006. Princípio do poluidor-pagador. Obrigação de arcar com os custos de preservação e conservação em contrapartida a empreendimento de relevante impacto ambiental.
Ap 0001063-17.2013.4.03.6004
Desembargadora Federal Mônica Nobre 179

O direito à permanência no país pela existência de prole brasileira deve abranger todo o núcleo familiar, preservando-se as relações socioafetivas e o suporte econômico de seus membros. O direito à permanência no país de mãe estrangeira de filho brasileiro garante também a permanência de seus filhos estrangeiros mantidos sob sua tutela. Desnecessidade de autorização por parte do genitor estrangeiro.
ApReeNec 5023945-46.2017.4.03.6100
Desembargador Federal Johonsom Di Salvo..... 190

Suspensão de Segurança. Inelegibilidade de concorrente ao Senado da República. Perda de mandato anterior por meio de Resolução do Senado Federal. Posterior absolvição na Ação Penal. Decisão de juízo de primeiro grau suspendendo os efeitos de Resolução do Senado Federal. Intromissão do órgão jurisdicional em questão "interna corporis" e afeta ao exercício de competência política exclusiva do Senado Federal.
SS 5024900-10.2018.4.03.0000
Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 196

DIREITO PENAL

Armamento apreendido. Restituição para entrega espontânea e recebimento de indenização. Impossibilidade. Encaminhamento ao comando do exército. Destinação legal. Propriedade duvidosa.
Ap. 0011215-88.2003.4.03.6000
Desembargador Federal André Nekatschalow 211

E*vasão de divisas. Artigo 22, "caput" e parágrafo único, primeira e segunda partes, da Lei nº 7.492/1986. Investigações realizadas pelo Ministério Público. Quebra de sigilo bancário. Investigações realizadas por autoridades competentes. Incompetência territorial. Incompetência relativa. Possibilidade de ratificação dos atos realizados. Violação dos termos do acordo de cooperação judicial em matéria penal Brasil Estados Unidos da América do Norte. Inocorrência.*
Ap. 0002117-11.2009.4.03.6181
Desembargador Federal Hélio Nogueira 219

Crime contra a ordem tributária (arts. 1º, II, e 2º, II, da Lei nº 8.137/1990). Reconhecimento parcial da prescrição da pretensão punitiva. Não aplicação do artigo 93 do CPP. Dolo genérico. Dosimetria. Continuidade delitiva. Regime inicial aberto para o cumprimento da pena. Substituição por duas restritivas de direito.
Ap. 0002146-41.2009.4.03.6123
Desembargador Federal Maurício Kato.....244

Ação Penal Originária. Queixa-crime. Artigos 138 e 139, ambos do Código Penal. Ausência de configuração de calúnia e de difamação. Atipicidade fática. Absolvição sumária. Inteligência do artigo 397, III, do CPP.
Pet 0001487-24.2016.4.03.0000
Desembargador Federal Paulo Fontes 256

Estelionato. Artigo 171, § 3º, do Código Penal. Fundo de Amparo ao Trabalhador. Inaplicabilidade do princípio da insignificância. Materialidade e autoria delitivas comprovadas. Recebimento indevido de seguro-desemprego. Vínculo laborativo reconhecido perante a Justiça do Trabalho. Afastamento da continuidade delitiva por se tratar de crime permanente.
Ap. 0001617-75.2016.4.03.6123
Desembargador Federal Fausto De Sanctis 263

Revisão criminal. Falsa assunção de paternidade. Artigo 242 do Código Penal. Declaração falsa. Autoridades migratórias. Artigo 125, XIII, da Lei nº 6.815/1980. Artigo 621, I, do Código de Processo Penal. Pretenso reexame da autoria e da prova. Inadmissibilidade. Critérios subjetivos do juízo. Alteração em sede revisional. Não cabimento.
RvC 0003621-87.2017.4.03.0000
Desembargador Federal José Lunardelli 271

Tráfico transnacional de drogas. Preliminar de incompetência da Justiça Federal rejeitada. Materialidade e autoria comprovadas. Estado de necessidade. Crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Artigo 311 do CP. Agravante. Artigo 61, II, "b", do CP. Incidência. Concurso material. Dosimetria da pena.
Ap. 0000578-14.2018.4.03.6110
Desembargador Federal Nino Toldo 281

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Contribuinte individual. Contribuições em atraso. Critério de cálculo. Legislação vigente quando da prestação do serviço.
Ap 0017170-28.2002.4.03.6100
Desembargador Federal Luiz Stefanini 295

Aposentadoria especial ou, sucessivamente, aposentadoria por tempo de contribuição. Sentença condicional. Nulidade. Condições de julgamento imediato pelo tribunal. Reconhecimento. Atividade especial. Ruído.
Ap 0004391-72.2006.4.03.6109
Desembargador Federal Carlos Delgado 298

Pensão por morte. Filha inválida. Dependência econômica não comprovada.
Ap 0003618-40.2014.4.03.6111
Desembargador Federal Baptista Pereira 314

Revisão. Adequação aos tetos previstos na EC nº 20/1998 e na EC nº 41/2003. Decadência. Ação Civil Pública. Prescrição. Honorários de advogado.
EDcl ApReeNec 0007070-36.2014.4.03.6183
Desembargador Federal Paulo Domingues 318

Ação Rescisória. Aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença. Renda mensal inicial. Violação ao artigo 29, II, da Lei nº 8.213/1991, em sua redação original. Desconstituição do julgado impugnado.
AR 0017081-49.2014.4.03.0000
Desembargador Federal Newton De Lucca 323

Aposentadoria por idade. Acordo Internacional. Brasil-Portugal. Valor inferior a um salário-mínimo. Artigo 12 do Decreto nº 1.457/1995. Artigo 201, § 2º, Constituição da República.
Ap 0006945-95.2016.4.03.9999
Desembargador Federal Nelson Porfírio 328

Auxílio-reclusão. Conceito de baixa renda. Tema 896 do STJ. Termo inicial. Princípio da congrugência. Menor. "Reformatio in pejus". Devido processo legal. Ampla defesa.
Ag Ap 0001441-40.2018.4.03.9999
Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias 333

Salário-maternidade. Proteção constitucional. Trabalhadora rural. Enquadramento da bóia-fria/diarista como segurada empregada. Início de prova material. Reafirmação pela prova testemunhal.
Ap 0014075-68.2018.4.03.9999
Desembargadora Federal Marisa Santos 337

Pensão por morte. Preenchidos requisitos para a concessão do benefício. Rateio com a ex-esposa.
Ap 0017986-88.2018.4.03.9999
Desembargador Federal Toru Yamamoto 345

Aposentadoria por invalidez. Auxílio-doença. Desnecessidade de nova perícia. Cerceamento de defesa não caracterizado. Ausência dos requisitos à concessão dos benefícios.
Ap 0019356-05.2018.4.03.9999
Desembargadora Federal Tânia Marangoni 348

Benefício de auxílio-acidente. Acidente de qualquer natureza. Requisitos legais preenchidos.
Ap 0020170-17.2018.4.03.9999
Desembargador Federal Gilberto Jordan 353

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Ação Civil Pública. Direitos individuais homogêneos. Relevância social. Legitimidade ativa do Ministério Público Federal. Adequação da via eleita. Moradia. Vícios de construção de imóvel. Responsabilidade civil. CDC.
Ap 0013922-09.2006.4.03.6102
Desembargador Federal Valdeci dos Santos 361

Execução. Verba honorária. Base de cálculo. Efetiva prestação de serviços jurídicos.
Ap 0005307-29.2013.4.03.6120
Desembargadora Federal Lucia Ursaia 372

Ação civil de improbidade administrativa. Medida acautelatória de indisponibilidade de bens e quebra de sigilo bancário. Extensão ao cônjuge. Necessidade de demonstração do proveito auferido.
AI 0004573-37.2015.4.03.0000
Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira 374

Agravo Interno. Ação Rescisória. Restituição de valores recebidos indevidamente do INSS. Desaposentação. Valores recebidos em função de decisão transitada em julgado. Boa-fé. Verba de natureza alimentar.
Ag AR 0008973-94.2015.4.03.0000
Desembargadora Federal Inês Virgínia 380

Execução. Complementação de valor do precatório. Reabertura do processo de execução. Inocorrência. Complementação dos valores pagos, em cumprimento à liminar concedida na Ação Cautelar nº 3.764/14 do STF. Correção monetária dos precatórios incluídos na proposta de 2014 com base no IPCA-e.
AI 0007745-50.2016.4.03.0000
Desembargadora Federal Ana Pezarini 384

Benefício de salário-maternidade. Auxílio-doença. Ausência de requerimento administrativo prévio. RE 631.240. Ausência de interesse de agir.
Ap 0020320-95.2018.4.03.9999
Desembargador Federal Sérgio Nascimento 388

DIREITO TRIBUTÁRIO

Execução Fiscal. Anuidades de conselho profissional. Contribuições. Natureza tributária princípio da legalidade tributária. Repercussão geral do RE 704.292 e julgamento da ADI 1.717.
Ap 0009964-03.2005.4.03.6182
Juiz Federal Convocado Márcio Catapani 393

Juízo de retratação. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Atividades diversas das tipicamente postais exercidas com exclusividade. Imunidade recíproca (CF, art. 150, VI, "a"). Abrangência reconhecida pelo STF no RE 601.392 - tema 235. Repercussão geral.
Ap 0007037-55.2006.4.03.6109
Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 399

I*RPF. Isenção. Doença grave. Artigo 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713/1988. Diagnóstico médico. Laudo oficial. Princípio do livre convencimento motivado. Repetição de indébito.*
ApReeNec 0007987-27.2011.4.03.6000
Desembargador Federal André Nabarrete 404

Crédito tributário. Ação pauliana. Fraude contra credores. Prazo decadencial de 04 (quatro) anos.
Ap 0001785-82.2012.4.03.6102
Desembargador Federal Antonio Cedenho.....412

Mandado de Segurança. Contribuição previdenciária patronal. Adicional de 2,5%. Empresas corretoras de seguros. Ilegalidade do ato.
ReeNec 0009095-09.2016.4.03.6100
Desembargador Federal Peixoto Junior 423

Embargos de Terceiro em Execução Fiscal. Artigo 185 do CTN. Caso concreto - aplicação da redação anterior ao início da vigência da LC nº 118/2005. Imóvel doado por coexecutado e revendido pelo comprador aos embargantes (alienações sucessivas). Primeira alienação posterior à citação. Fraude à execução fiscal. Caracterização.
Ap 0013366-33.2018.4.03.9999
Desembargadora Federal Cecília Marcondes 429

SENTENÇAS

Ação *Civil Pública. Centro de Controle de Zoonoses de Campo Grande/MS. Eutanásia de animais. Leishmaniose visceral canina. Contraprova de exames.*
0001270-04.2008.4.03.6000
Juiz Federal Renato Toniasso 441

Ação indenizatória. Danos materiais e imateriais. Frustração decorrente de cessação abrupta e inesperada de negociações envolvendo aquisição de imóvel residencial. Preparação de documentação e financiamento. Recusa imotivada da execução de operação de venda.
0022991-90.2014.4.03.6100
Juiz Federal Tiago Bitencourt De David.....451

Pensão especial vitalícia. Vítima de Talidomida. Deformidade congênita.
0001726-06.2016.4.03.6183
Juiz Federal Ricardo de Castro Nascimento 455

ENEM. Portador de Transtorno de Asperger. Pretensão de ingresso no ensino superior. Edital que prevê atendimento especializado para o caso. Necessidade de elaboração de provas adequadas à deficiência, com correção também adaptada.
0003700-88.2016.4.03.6115
Juiz Federal Ricardo Uberto Rodrigues..... 458

Ação Penal. Delito do artigo 313-A do CP. Programa Farmácia Popular. Obtenção de vantagem indevida em razão da inserção de informações inverídicas no sistema DATASUS.
0001356-52.2017.4.03.6131
Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 492

Pleito de redimensionamento de empréstimos contraídos junto à CEF. Servidora pública municipal. Perda de gratificação. Redução substancial dos rendimentos.
5000447-55.2017.4.03.6120
Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert 502

Mandado de Segurança. Comportamento omissivo da delegada-chefe da Delegacia da Polícia Federal. Recusa em prestar informações administrativo-operacionais reputadas indispensáveis à ultimação de procedimento de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público Federal. Publicidade e transparência dos atos estatais.
5002361-59.2018.4.03.6108
Juiz Federal Danilo Guerreiro de Moraes 508

"Programa de Opção de Compras de Ações". Ganho de capital. Nulidade do lançamento. Pleito de suspensão da exigibilidade de créditos tributários: IRPF, IRRF, contribuição provisória e FGTS. Natureza remuneratória.
5006524-09.2018.03.6100
Juíza Federal Ana Lúcia Petri Betto 517

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região *527*

Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região 531

Artigos Doutrinários

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Revista do TRF3 - Ano XIX - n. 139 - Out./Dez. 2018

Judicialização em massa e mediação: uma (necessária) releitura do direito fundamental de acesso à justiça

Pedro Henrique Meira Figueiredo
Juiz Federal Substituto da Seção Judiciária de São Paulo.

RESUMO: O presente artigo pretende estimular o debate acerca da necessidade de releitura do direito fundamental de acesso à justiça, diante do cenário de judicialização em massa e de hegemonia da jurisdição na resolução dos conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição. Mediação. Acesso à justiça.

ABSTRACT: This article intends to stimulate the debate about the need to reread the fundamental right of access to justice, given the scenario of mass judicialization and hegemony of jurisdiction in the resolution of conflicts.

KEYWORDS: Jurisdiction. Mediation. Access to justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Fundamentos fáticos e jurídicos para uma (necessária) releitura do direito fundamental de acesso à justiça. 3. Conclusão. Referências.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), por sua vez, dispõe em seu artigo 3º que "não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito". Tais enunciados normativos asseguram aos indivíduos não apenas um amplo direito subjetivo de ação, acessível até pelas camadas mais vulneráveis da sociedade por meio da assistência judiciária gratuita e da representação pela Defensoria Pública, mas também o direito à *universalidade de jurisdição*.[1]

Desde 1988, com o extenso rol de direitos e garantias fundamentais positivados pelo Poder Constituinte Originário em um texto extremamente analítico, a atividade jurisdicional tem se destinado à proteção não só de direitos individuais, mas também de direitos e interesses *transindividuais* (inclusive de titulares indetermináveis), os quais, em sua maioria, demandam prestações *positivas* do Estado para se verem resguardados e implementados.

E foi visando a conferir maior efetividade ao exercício da jurisdição na tutela de tais interesses que a Constituição de 1988 reforçou a prerrogativa do Poder Judiciário de sindicar atos da própria Administração Pública, antes mesmo da prolação de uma decisão com força de definitiva no plano do contencioso administrativo, bem como de atos eminentemente políticos, outrora tidos como intocáveis pelos magistrados, rompendo, assim, com as bases da concepção liberal francesa da função jurisdicional para conferir-lhe um papel de maior destaque na salvaguarda do Estado Democrático de Direito ora instaurado.

No entanto, com os ganhos proporcionados pela ampliação do acesso à justiça por meio da concessão de assistência judiciária aos hipossuficientes (arts. 5º, incisos LXXIV e LXXVII, e 134 da CRFB/88) e da expansão da tutela jurisdicional aos direitos e interesses transindividuais e individuais homogêneos (arts. 5º, incisos XXXII, LXX e LXXIII, 6º e 127 da CRFB/88), surgiram também entraves à *efetivação* dos direitos.

O crescimento exponencial de demandas judiciais, aliado ao alto custo de manutenção da máquina estatal judiciária num país com severa concentração de riquezas e má gestão dos recursos públicos, ocasionou uma explosão de litigiosidade e, consequentemente, um atraso considerável na entrega da prestação jurisdicional ao cidadão por um Poder Judiciário carente de infraestrutura e recursos humanos.

O cenário atual, inaugurado com a (necessária) aproximação da função judicante aos mais diversos reclames da sociedade nos últimos vinte anos, tem sido caracterizado por um elevadíssimo número de ações judiciais em longa tramitação nos escaninhos dos fóruns, sem que muita ou qualquer providência efetiva tenha sido tomada em tempo e modo adequados visando à tutela dos direitos envolvidos nos conflitos.

Daí a preocupação do Poder Constituinte Reformador – e do próprio Poder Judiciário – em tentar solucionar a crise de efetividade da função jurisdicional com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual, dentre outras providências, fez inserir na Carta Magna o direito fundamental dos cidadãos à *duração razoável do processo* (art. 5º, inciso LXXVIII) e o dever dos tribunais de aferição da *produtividade* dos magistrados para fins de promoção por merecimento (art. 93, inciso II, alínea *c*).

Esse processo evolutivo da jurisdição, com a ampliação dos meios de acesso pelos cidadãos e dos direitos e interesses por ela tuteláveis e a preocupação com sua efetividade, pode ser observado em todas as nações democráticas ocidentais a partir de meados

1 MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio C.; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1.

da década de 1960. Cappelletti e Garth foram, inclusive, consagrados no mundo jurídico com sua tese sobre as "ondas de acesso à justiça", as quais, segundo os ilustres mestres, consistiram justamente na consagração evolutiva (I) da assistência judiciária para os pobres, (II) da representação dos interesses difusos e (III) do acesso à justiça propriamente dito, com enfoque na efetividade das normas processuais.[2]

Nessa linha, o novo Código de Processo Civil assegura em seu artigo 4º que "as partes têm o direito de obter *em prazo razoável* a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa", trazendo como possíveis soluções à crise de efetividade dos direitos – e da própria jurisdição – a extinção de recursos anteriormente previstos, a criação de incidentes de uniformização (e vinculação) da jurisprudência e o incentivo aos meios consensuais de solução de controvérsias.

É diante desse quadro de judicialização em massa e de hegemonia da jurisdição na resolução dos conflitos que se pretende instigar o leitor, ainda que de forma breve e singela, a uma necessária releitura do que vem sendo propagado como o direito fundamental de acesso à *justiça*.

2. Fundamentos fáticos e jurídicos para uma (necessária) releitura do direito fundamental de acesso à justiça

Como já ressaltado na introdução, o direito fundamental de acesso à justiça encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio, notadamente em disposição constitucional arrolada no título destinado aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, inciso XXXV).

Trata-se, em breves linhas, da prerrogativa que possui o cidadão de se valer de um dos mecanismos de solução de controvérsias admitidos em Direito a fim de obter uma decisão equitativa sobre determinado conflito e assecuratória dos direitos materiais nele porventura envolvidos.

Nesse sentido, é defeso ao Estado juiz, na condição de órgão titular da função jurisdicional, se recusar a processar uma demanda devidamente ajuizada pelo cidadão (indeclinabilidade da jurisdição), assim como é vedado ao Estado legislador, enquanto detentor do poder de editar atos normativos primários e abstratos, criar leis que excluam da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (inafastabilidade da jurisdição).

Ocorre, no entanto, que paira sobre os cidadãos leigos – e até mesmo sobre alguns profissionais do meio jurídico – a equivocada ideia de que o acesso à *justiça* se resume ao acesso à *jurisdição*, consistindo os demais métodos reconhecidos de solução de controvérsias (mediação, por exemplo) em meras *alternativas* postas à disposição dos interessados em casos pontuais e menos importantes.

2 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

É preciso ter em mente que o fato de a Constituição de 1988 ter assegurado aos brasileiros a inafastabilidade da jurisdição não os impede de buscar a solução dos conflitos por meio da negociação e do consenso. A própria Carta Magna, em seu preâmbulo, defende o compromisso da sociedade brasileira com a "solução pacífica das controvérsias", tendo inclusive alçado tal método como princípio norteador da República Federativa do Brasil em suas relações internacionais (art. 4º, inciso VII). E o novo Código de Processo Civil reafirma tal posição ao explicitar o dever do Estado em promover e incentivar, *a qualquer momento do processo*, a autocomposição (arts. 3º, §§ 2º e 3º, e 139, inciso V), bem como de realizar audiência de conciliação ou mediação entre as partes na fase inicial do procedimento comum (art. 334).

Não se deve, portanto, reduzir o conceito da garantia constitucional de acesso à justiça, presente no inciso XXXV do artigo 5º, ao direito público subjetivo de acesso à jurisdição, podendo o indivíduo buscar seus direitos (*rectius*: acessar a justiça) valendo-se de qualquer um dos mecanismos de solução de controvérsias disponíveis e não vedados pelo ordenamento jurídico.

Em feliz síntese sobre o tema do acesso à justiça e da inafastabilidade da atividade jurisdicional, Marinoni, Arenhart e Mitidiero esclarecem que "a Constituição veda é a interdição da apreciação do Poder Judiciário pelo próprio Estado",[3] não havendo nenhuma previsão normativa impositiva do *monopólio* da solução de conflitos pela jurisdição – exceto nos casos que envolvam interesses indisponíveis e insuscetíveis de transação (*vide* art. 1º da Lei nº 9.307/1996 e art. 3º da Lei nº 13.140/2015).

Prosseguem Marinoni, Arenhart e Mitidiero sobre o tema:

> No Estado Constitucional, os conflitos podem ser resolvidos de forma *heterocompositiva* ou *autocompositiva*. Há heterocomposição quando *um terceiro resolve* a ameaça ou crise de colaboração na realização do direito material entre as partes. Há autocomposição quando *as próprias partes* resolvem seus conflitos. Nessa linha, note-se que também por essa razão é impróprio pensar a jurisdição como meio de resolução de uma lide por sentença. Na verdade, o conflito deve ser tratado com a técnica processual mais apropriada às suas peculiaridades – que inclusive podem determinar o recurso à jurisdição como *ultima ratio*. *Não é por outra razão que o novo Código* [de Processo Civil] *explicitamente coloca a jurisdição como uma das possíveis formas de resolução de controvérsias (art. 3º do CPC). Ao fazê-lo, nosso Código concebe a Justiça Civil dispondo não apenas de um único meio para resolução do conflito – uma única "porta" que deve necessariamente ser aberta pela parte interessada. Pelo contrário, nosso Código adota um sistema de "Justiça Multiportas" que viabiliza diferentes técnicas para solução de conflitos – com especial ênfase na conciliação e na mediação.* [destaques originais][4]

Tais esclarecimentos são necessários ante o já desenhado quadro de excesso de litigiosidade e judicialização em massa, constatado recentemente pelo Conselho Nacional de Justiça em seu relatório "Justiça em Números 2018: ano-base 2017",[5] segundo o qual há no Brasil cerca de oitenta milhões de processos judiciais em tramitação e pouco mais de dezoito mil juízes na ativa, os quais, no âmbito da Justiça Federal de 1º Grau, levam um tempo médio de mais de quatro anos para a prolação da sentença.

3 MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio C.; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1, p. 184.

4 *Ibidem*, p. 173-174.

5 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018*: ano-base 2017, figura 121. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 03 out. 2018.

É diante desse cenário crítico que tem se tornado imperiosa a valorização dos meios seculares – dito "alternativos" – de solução de controvérsias, bem como a formulação de soluções eficazes no tratamento da morosidade da jurisdição, num processo de inevitável releitura do direito fundamental de acesso à justiça, tanto em seu aspecto ontológico, quanto sob o enfoque de sua *efetividade*.

Não por outro motivo, as discussões institucionais sobre a importância dos métodos de autocomposição só ganharam força com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 e a institucionalização do direito à duração razoável do processo, notadamente a partir da instalação do Conselho Nacional de Justiça. Foi nesse contexto, seguinte ao da reforma processual que consolidou as técnicas de antecipação dos efeitos da tutela e de distribuição isonômica do ônus do tempo no processo (Lei nº 8.952/1994), que os juristas brasileiros passaram a se ater não mais ao acesso à jurisdição em si, exaustivamente consagrado pela Constituição de 1988, mas à efetividade desse mecanismo como forma de tutela dos direitos e de pacificação social.

A partir de então, o direito fundamental de acesso à justiça, embora ainda focado quase que exclusivamente na atividade jurisdicional, passou a ser compreendido como "não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, *em prazo adequado*, uma decisão justa e com potencial de atuar *eficazmente* no plano dos fatos".[6]

Conforme destacado, o Conselho Nacional de Justiça teve papel decisivo na *institucionalização* da mediação como meio de solução de controvérsias – e, portanto, como mecanismo "oficial" de acesso à justiça. E aqui cabem duas observações preliminares: (I) fala-se em institucionalização, pois os meios de autocomposição precedem a atividade dos *praetores* na Roma Antiga,[7] tendo sido expressamente contemplados nas Ordenações Filipinas;[8] (II) o termo "mediação" é utilizado como sinônimo de método de autocomposição no qual um terceiro auxilia as partes a chegarem a uma decisão consensual por meio de transação, submissão ou renúncia, na linha do que preceitua a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), não obstante a diferenciação promovida pelo novo Código de Processo Civil entre "mediação" e "conciliação" (art. 165, §§ 2º e 3º).

Pois bem. Com o advento da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, emitida pelo Conselho Nacional de Justiça, foi instituída no Poder Judiciário a "Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses". Em seu preâmbulo, nos termos da Emenda nº 2/2016, se considerou que:

> [...] o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica *acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas*; [...] caber ao Poder Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado aos problemas jurídicos e aos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, os serviços prestados nos processos judiciais, bem como incentivar sua solução *mediante outros mecanismos*, em especial

6 ZAVASCKI, Teori A. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 64.

7 CINTRA, Antônio C. A.; DINAMARCO, Cândido R.; GRINOVER, Ada P. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

8 Eis o teor do item 1 do Título XX do Livro III: "E no começo da demanda dirá o Juiz a ambas as partes, que antes que façam despezas, e se sigam entre elles os odios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre duvidoso. E isto, que dissemos de reduzirem as partes à concordia, não he de necessidade, mas somente de honestidade nos casos, em que o bem podêrem fazer. [...]" (ALMEIDA, Cândido Mendes de (Ed.). *Ordenações e leis do Reino de Portugal*: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733> Acesso em: 20 nov. 2017).

> os consensuais, como a mediação e a conciliação;
> [...] a conciliação e a mediação são instrumentos *efetivos* de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que os programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças; [destaques meus]

Com isso, consagrou-se, ainda que de modo tardio, a noção de que a jurisdição é apenas um dos mecanismos de acesso à justiça, eliminando-se a equivocada – porém até então consolidada – distinção entre meios *principal* e *alternativos* de solução de controvérsias para se estabelecer a ideia de que jurisdição e mediação, além da arbitragem, formam um conjunto de meios *adequados* de resolução de conflitos. Somente o caso concreto, com sua natureza e peculiaridades, definirá a preferência por um desses mecanismos sob o viés da adequação, conforme preceitua o artigo 1º da citada resolução, não havendo uma ordem predeterminada e abstrata de precedência entre eles.

Ainda de acordo com a Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, os tribunais foram incumbidos de criar Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), voltados ao planejamento estratégico e centralizado da mediação (art. 7º), e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros), destinados precipuamente à realização de audiências e sessões de mediação em suas respectivas circunscrições judiciárias (art. 8º).

Ademais, a resolução incumbiu ao Conselho Nacional de Justiça estimular e fomentar as "Semanas da Conciliação" em todo o país, bem como estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias, Ministério Público e entidades da iniciativa privada visando a estimular sua participação nos Centros e a valorizar a atuação na prevenção dos litígios (art. 6º). Tudo a evidenciar a virada institucional observada nos últimos dez anos no âmbito do Poder Judiciário, voltada à consagração da mediação como meio *autêntico* e *eficiente* de acesso à justiça pelos cidadãos.

Com o advento do novo Código de Processo Civil em 2015, o regramento infralegal instituído pelo Conselho Nacional de Justiça ganhou respaldo do Poder Legislativo. Além de todas as disposições processuais aqui já mencionadas de reforço à valorização da mediação (arts. 3º, §§ 2º e 3º, 139, inciso V, e 334), a nova legislação processual codificada consagrou os conciliadores e mediadores como verdadeiros auxiliares da justiça, tendo regulamentado minuciosamente suas atividades nos Centros e explicitado os princípios norteadores do processo de mediação, conferindo-lhe maior segurança jurídica (arts. 165 a 175).

Nesse sentido, foram destacadas as vantagens de se adotar a autocomposição como meio de solução de controvérsias, tendo em vista a *informalidade*, a *oralidade* – as quais garantem maior celeridade e eficiência na tutela dos direitos materiais envolvidos na lide – e a *confidencialidade* – trazendo, pois, confiança e conforto às partes na discussão da causa – asseguradas legalmente em todo e qualquer procedimento de mediação.

Ademais, o novo Código de Processo Civil previu expressamente a possibilidade de instituição de câmaras privadas de mediação em todo o país, em nítida *socialização* do dever de composição civilizada dos conflitos, a exemplo do que há muitos anos já se verifica em nações democráticas desenvolvidas como os Estados Unidos da América.

Embora de forma tímida, o novo Código de Processo Civil fomentou a mediação até mesmo pela Fazenda Pública, com a previsão de criação de câmaras de conciliação e mediação voltadas a dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública e promover, quando cabível, a celebração de compromissos de ajustamento de conduta. Não se previu expressamente, no entanto,

a possibilidade de resolução consensual de conflitos entre particulares e Administração Pública no âmbito de tais câmaras, havendo tão somente menção à atribuição destas em "avaliar a *admissibilidade* dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública" (art. 174, inciso II – destaque meu).

No ano de 2015, houve, ainda, a promulgação da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), a qual consolidou num único texto todas as normas sobre mediação entre particulares, além de dispor sobre a autocomposição no âmbito da administração pública. Trata-se do marco normativo da mediação no Brasil, o qual, dentre outras previsões, estabeleceu a possibilidade de uso da autocomposição até mesmo em conflitos versando direitos *indisponíveis*, porém transigíveis, desde que submetida à homologação em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público (art. 3º, § 2º).

Com isso, a mediação, a um só tempo, foi definitivamente alçada ao patamar de meio *oficial* de solução de controvérsias e teve alargadas as hipóteses de sua admissibilidade e adequação, passando a ser utilizada, por exemplo, em demandas versando sobre graves danos ao meio ambiente – caso da tragédia de Mariana/MG, em que o Ministério Público Federal e as empresas responsáveis pelo empreendimento minerário poluidor firmaram termos de acordo, homologados em juízo, voltados ao amparo da população diretamente atingida e à realização de estudos preliminares de recomposição ambiental.[9]

A Lei nº 13.140/2015 positivou, embora de modo não exaustivo, o procedimento de mediação judicial e extrajudicial, visando a conferir maior segurança jurídica aos acordos firmados entre os interessados (arts. 14 a 29). Nesse ponto, cabe destacar os dispositivos que preveem a possibilidade de suspensão de processo judicial ou arbitral quando as partes pretenderem se submeter à mediação (art. 16) e a isenção de custas judiciais finais no caso de o conflito ser solucionado pela mediação antes da citação do réu (art. 29). Confira-se o teor:

> Art. 16. Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.
> § 1º. É irrecorrível a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes.
> § 2º. A suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro.
>
> Art. 29. Solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais.

No que toca aos conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública, supramencionada lei estipulou novamente a possibilidade de criação de câmaras de prevenção e resolução de conflitos no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, inclusive sobre os referentes ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com particulares, bem como a configuração dos acordos porventura realizados como títulos executivos extrajudiciais (art. 32).

No âmbito federal, foram instituídas, desde logo, a possibilidade de transações por adesão, nos casos de demandas repetitivas (art. 35), e a necessidade de autorização do Advogado-Geral da União para a propositura de ação judicial em que figurem concomitantemente nos polos ativo e passivo órgãos ou entidades da Administração Pública Federal (art. 39). Esse é o teor da Seção II do Capítulo II do diploma legal:

> Seção II
> Dos Conflitos Envolvendo a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações

9 Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-mariana/atuacao-do-mpf/atuacao-na-1a-instancia/acordos>. Acesso em: 20 nov. 2017.

Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em:
I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou
II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.
§ 1º. Os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria.
§ 2º. Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa.
§ 3º. A resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia.
§ 4º. A adesão implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa.
§ 5º. Se o interessado for parte em processo judicial inaugurado por ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa.
§ 6º. A formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão.

Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.
§ 1º. Na hipótese do *caput*, se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta.
§ 2º. Nos casos em que a resolução da controvérsia implicar o reconhecimento da existência de créditos da União, de suas autarquias e fundações em face de pessoas jurídicas de direito público federais, a Advocacia-Geral da União poderá solicitar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para quitação das dívidas reconhecidas como legítimas.
§ 3º. A composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar.
§ 4º. Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

Art. 37. É facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito.

Art. 38. Nos casos em que a controvérsia jurídica seja relativa a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a créditos inscritos em dívida ativa da União:
I - não se aplicam as disposições dos incisos II e III do *caput* do art. 32;
II - as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços em regime de concorrência não poderão exercer a faculdade prevista no art. 37;

> III - quando forem partes as pessoas a que alude o *caput* do art. 36:
> a) a submissão do conflito à composição extrajudicial pela Advocacia-Geral da União implica renúncia do direito de recorrer ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais;
> b) a redução ou o cancelamento do crédito dependerá de manifestação conjunta do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado da Fazenda.
> Parágrafo único. O disposto neste artigo não afasta a competência do Advogado-Geral da União prevista nos incisos VI, X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e na Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. (Redação dada pela Lei nº 13.327, de 2016)
>
> Art. 39. A propositura de ação judicial em que figurem concomitantemente nos polos ativo e passivo órgãos ou entidades de direito público que integrem a administração pública federal deverá ser previamente autorizada pelo Advogado-Geral da União.
>
> Art. 40. Os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.

No entanto, para que a mediação passe a ser mais utilizada – e *legitimada* – pelas pessoas naturais, pela iniciativa privada e pelos próprios órgãos públicos, não basta que se implementem alterações radicais no ordenamento jurídico, cabendo ao Estado promover uma verdadeira mudança na "cultura do litígio" há muito consolidada, mediante a conscientização da sociedade acerca dos inúmeros benefícios da autocomposição.[10]

Exemplo claro da necessidade de tal conscientização se verifica no dia a dia da Justiça Federal de 1º Grau, em que a mediação avança a passos curtos devido, principalmente, à resistência de parte das Procuradorias da União, da Fazenda Nacional e das autarquias federais em celebrar acordos e pôr fim às demandas de forma consensual, para além dos casos em trâmite nos Juizados Especiais Federais (art. 10, parágrafo único, da Lei nº 10.259/2001).

Isso devido ao engessamento da atividade dos procuradores diante de inúmeras previsões legais que demandam autorização do Advogado-Geral da União para a realização de autocomposição de conflitos, a exemplo da Lei nº 9.469/1997, bem como do temor de questionamentos por parte do Tribunal de Contas da União com relação aos acordos pontualmente realizados. Tudo em nome do princípio da indisponibilidade do interesse público, em sua leitura mais conservadora e enviesada à legalidade estrita, em detrimento da economicidade, da eficiência e da proporcionalidade – da *juridicidade*, em suma[11] – na execução da dívida ativa e na discussão em juízo da dívida pública.[12]

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça,[13] embora 12,1% das sentenças proferidas em todo o Poder Judiciário no ano de 2017 tenham sido homologatórias de acordo, no âmbito da Justiça Federal esse índice foi de apenas 7,1%, estando atrás da Justiça Esta-

10 MENDES, Gustavo C. A conciliação como forma consensual de resolução de conflitos e de acesso à ordem jurídica justa e efetiva. *In*: VELOSO, Roberto C.; SILVA, Fernando Q. *Justiça federal*: estudos doutrinários em homenagem aos 45 anos da AJUFE. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 123-138.

11 OLIVEIRA, Rafael C. R. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

12 MENDES, Gustavo C. A conciliação como forma consensual de resolução de conflitos e de acesso à ordem jurídica justa e efetiva. *In*: VELOSO, Roberto C.; SILVA, Fernando Q. *Justiça federal*: estudos doutrinários em homenagem aos 45 anos da AJUFE. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 123-138.

13 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018*: ano-base 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 03 out. 2018.

dual (10,7%) e da Justiça do Trabalho (24,8%). Nos juizados especiais federais, a despeito de previsão legal expressa autorizando a autocomposição pela Fazenda Pública, o índice é levemente superior, atingindo 10%.

E tais marcas só foram alcançadas graças aos esforços dos Tribunais Regionais Federais com a criação dos Núcleos e Centros de Conciliação, a capacitação permanente de conciliadores e mediadores e a instituição de sistema de autocomposição pré-processual, a partir de política instituída pelo Conselho da Justiça Federal por meio da Resolução nº 398, de 4 de maio de 2016.

Enquanto a sociedade e o Poder Público não firmarem consciência da necessidade de enfoque na *efetividade* do acesso à justiça, assim considerado em sua acepção ontológica correta, os dados de congestionamento dos órgãos jurisdicionais apresentados no relatório "Justiça em Números 2018: ano-base 2017", do Conselho Nacional de Justiça, permanecerão em crescente escalada.

Ainda que se desconsidere a crise econômica atual e se promova um considerável incremento no aparato judicial, mencionado congestionamento, aferido anualmente naquela pesquisa, seguirá bem acima da casa dos sessenta por cento, alavancada, no âmbito da Justiça Federal de 1º Grau, pela propositura desenfreada de execuções fiscais pela União e pelas autarquias federais (incluindo os conselhos de fiscalização profissional) em valores pouco significativos ou sem qualquer utilidade do ponto de vista arrecadatório.

Tudo em prejuízo do próprio cidadão brasileiro, o qual muito contribui e pouco tem recebido em contrapartida de um Estado que se pressupõe ser a ele direcionado, e não um fim em si mesmo.

3. Conclusão

A mediação é uma importante ferramenta na solução de conflitos entre particulares, ou entre estes e o Estado, e na redução

do gargalo na atividade jurisdicional. Com a adoção de tal método, elimina-se o cenário de "perde-ganha" entre os interessados e passa-se a trabalhar com uma solução que seja mais razoável e proporcional a ambas as partes, sempre à luz do caso concreto.

Num ambiente mais informal e menos intimidador, as pessoas em conflito são chamadas a dialogar em igualdade de condições, numa conversa franca e confidencial garantida por um terceiro desinteressado. Havendo acordo, ganham os interessados e o Poder Judiciário com uma solução rápida e desburocratizada, livre dos entraves do processo judicial. Não chegando as partes a um consenso, ocorre, ao menos, o apaziguamento dos ânimos e o desenvolvimento de um canal saudável de diálogo, sem prejuízo do prosseguimento das discussões no foro judicial competente.

Ao contrário do que propagado em muitas faculdades de Direito, apegadas ainda hoje à cultura do litígio, trata-se de um processo altamente sofisticado de resolução

de controvérsias, o qual tem demandado dos profissionais envolvidos (mediadores) um nível cada vez maior de preparação intelectual para lidar com os conflitos surgidos das dinâmicas e complexas relações sociais.

Obviamente, a mediação não conduz à solução de todos os problemas e a jurisdição não deve ser obstada ou relegada a um segundo plano, sob pena de ofensa à Constituição. Cada caso concreto deve ser previamente analisado com o intuito de se verificar qual o mecanismo de solução de controvérsias mais *adequado* à hipótese: mediação, jurisdição ou arbitragem – esta última cada vez mais reconhecida pelo Poder Judiciário como meio *legítimo* de acesso à justiça,[14] sendo frequentemente utilizada por empresas em demandas envolvendo contratos complexos no âmbito do comércio exterior e do mercado financeiro.

Isso sem contar o processo administrativo, legitimado pela própria Constituição

14 "CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL E ÓRGÃO JURISDICIONAL ESTATAL. CONHECIMENTO. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO. DEVER DO ESTADO. PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA. PRECEDÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL EM RELAÇÃO À JURISDIÇÃO ESTATAL. CONTROLE JUDICIAL *A POSTERIORI*. CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE O DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O INTERESSE PÚBLICO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA JULGADO PROCEDENTE.
I - Conflito de competência entre o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, suscitado pela Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRAS. Reconhecida a natureza jurisdicional da arbitragem, compete a esta Corte Superior dirimir o conflito.
II - Definição da competência para decidir acerca da existência, validade e eficácia da Cláusula Compromissória de Contrato de Concessão firmado para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, cujas condições para execução foram alteradas unilateralmente pela agência reguladora por meio da Resolução da Diretoria (RD) n. 69/2014.
III - O conflito de competência não se confunde com os pedidos e causa de pedir da ação originária, na qual se objetiva a declaração de indisponibilidade do direito objeto da arbitragem e consequente inaplicabilidade da cláusula arbitral e a declaração de nulidade do procedimento arbitral em decorrência da Resolução da Diretoria n. 69/14, alterando a área de concessão controvertida, cumulado com pedido de anulação do processo arbitral, qual seja, de *anti-suit injuction*, destinada a evitar seu processamento junto ao Juízo Arbitral.
V - O CPC/2015 trouxe nova disciplina para o processo judicial, exortando a utilização dos meios alternativos de solução de controvérsia, razão pela qual a solução consensual configura dever do Estado, que deverá promovê-la e incentivá-la (art. 3º, §§ 1º e 2º). A parte tem direito de optar pela arbitragem, na forma da lei (art. 42).
VI - A Lei n. 13.129/15 introduziu no regime jurídico da arbitragem importantes inovações, com destaque para os princípios da competência-competência, da autonomia da vontade e da cláusula compromissória (arts. 1º, 3º e 8º, parágrafo único).
VII - No âmbito da Administração Pública, desde a Lei n. 8.987/95, denominada Lei Geral das Concessões e Permissões de Serviços Públicos, com a redação dada pela Lei n. 11.196/05, há previsão expressa de que o contrato poderá dispor sobre o emprego de mecanismos privados para resolução de conflitos, inclusive a arbitragem. No mesmo sentido a Lei n. 9.478/97, que regula a política energética nacional, as atividades relativas à extração de petróleo e a instituição da ANP (art. 43, X) e a Lei n. 13.129/15, que acresceu os §§ 1º e 2º, ao art. 1º da Lei n. 9.307/96, quanto à utilização da arbitragem pela Administração Pública.
VIII - A jurisdição estatal decorre do monopólio do Estado de impor regras aos particulares, por meio de sua autoridade, consoante princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, da Constituição da República), enquanto a jurisdição arbitral emana da vontade dos contratantes.
IX - A jurisdição arbitral precede a jurisdição estatal, incumbindo àquela deliberar sobre os limites de suas atribuições, previamente a qualquer outro órgão julgador (princípio da competência-competência), bem como sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (arts. 8º e 20, da Lei n. 9.307/96, com a redação dada pela Lei n. 13.129/15).
X - Convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público. A Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende ao interesse público, preservando a boa-fé dos atos praticados pela Administração Pública, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.
XI - A arbitragem não impossibilita o acesso à jurisdição arbitral por Estado-Membro, possibilitando sua intervenção como terceiro interessado. Previsões legal e contratual.
XIII - Prematura abertura da instância judicial em descompasso com o disposto no art. 3º, § 2º, do CPC/2015 e os termos da Convenção Arbitral.
XIV - Conflito de competência conhecido e julgado procedente, para declarar competente o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Agravos regimentais da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis e do Estado do Espirito Santo prejudicados".
(STJ, Primeira Seção, CC 139.519/RJ, Relatora para o acórdão Ministra Regina Helena Costa,j. 11/10/2017, DJe 10/11/2017)

de 1988 (art. 5º, incisos LIV e LV) e por lei federal (Lei nº 9.784/1999), rotineiramente adotado na solução de questões tributárias e previdenciárias.

Sob outra ótica, o fomento à mediação *fortalece* a atividade jurisdicional, uma vez que reserva a esta a decisão de conflitos verdadeiramente vocacionados à sua atuação, a envolver questões altamente sensíveis e insuscetíveis de transação (nacionalidade, cidadania, liberdade de locomoção *etc*.) ou aquelas em que as tentativas de acordo restaram frustradas, demandando, aí sim, a substituição da vontade das partes por uma imposição firme do Estado juiz.

Afinal, não há nada mais grave e ameaçador à própria existência de um Estado Democrático de Direito que uma jurisdição ineficiente, incapaz de fornecer uma solução célere a cada uma das querelas diuturnamente apresentadas; ou, pior, provedora de pronunciamentos ineficazes e que não tutelam de modo adequado os direitos envolvidos em determinados conflitos, em razão da eleição inadequada do processo judicial pelas partes.

Referências

ALMEIDA, Cândido Mendes de (Ed.). *Ordenações e leis do Reino de Portugal*: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733> Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____ . *Constituição (1988)*: Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____ . *Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 dez. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8952.htm_>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____ . *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____ . *Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jul. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9469.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____ . *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1º fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____ . *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____ . *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 jun. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Antônio C. A.; DINAMARCO, Cândido R.; GRINOVER, Ada P. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Resolução nº 398, de 4 de maio de 2016*. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 6 maio 2016. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jspui/handle/1234/49003>. Acesso em: 20 nov. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018*: ano-base 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 03 out. 2018.

_____ . *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 1º dez. 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579> Acesso em: 20 nov. 2017.

MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio C.; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1.

MENDES, Gustavo C. A conciliação como forma consensual de resolução de conflitos e de acesso à ordem jurídica justa e efetiva. *In*: VELOSO, Roberto C.; SILVA, Fernando Q. *Justiça federal*: estudos doutrinários em homenagem aos 45 anos da AJUFE. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 123-138.

OLIVEIRA, Rafael C. R. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Primeira Seção, CC 139.519/RJ, Relatora para o acórdão Ministra Regina Helena Costa, j. 11/10/2017, DJe 10/11/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500766352&dt_publicacao=10/11/2017> Acesso em: 20 nov. 2017.

ZAVASCKI, Teori A. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

Revista do TRF3 - Ano XIX - n. 139 - Out./Dez. 2018

Breves notas sobre o controle de convencionalidade – novo paradigma para a magistratura brasileira

Sylvia Marlene de Castro Figueiredo
Juíza Federal na Seção Judiciária de São Paulo. Doutora em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Especialista em Direito Público pela PUC/SP.

RESUMO: O presente estudo focaliza o diálogo entre Cortes com especial enfoque para a atividade interpretativa por parte do aplicador do Direito. Aborda a hermenêutica do Direito Constitucional. Analisa o cidadão como intérprete máximo da Constituição, e o método hermenêutico-concretizador como conformador de um sistema jurídico constitucional aberto e integrado à realidade social que visa a regulamentar. Demonstra que o pluralismo constitucional está a exigir do intérprete constitucional o diálogo entre Cortes. O tema tratado é de grande importância porque a pretensão universal de tutela dos direitos humanos é o principal fundamento teórico para a prática do diálogo transnacional, aliado ao *status* diferenciado dos tratados de direitos humanos e à semelhança entre o objeto de proteção das normas de direitos humanos e das normas protetivas de direito interno. Tem-se, dessa forma, um sistema com múltiplos níveis de proteção, em que vigora a máxima da primazia da norma mais favorável às vítimas. Ademais, a atividade argumentativa do intérprete, durante a interpretação constitucional, tem o condão de realizar efetiva integração jurídico-discursiva.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Direito Internacional. Pluralismo constitucional. Cortes internacionais. Controle de convencionalidade.

SUMÁRIO: 1. O pluralismo constitucional no Brasil. 2. Controle de convencionalidade. 3. O papel do Poder Judiciário no século XXI. Referências.

1. O pluralismo constitucional no Brasil

Consoante afirmado por Marcelo Dias Varella, o direito contemporâneo passa por um processo de transição e segue na mesma direção do processo de globalização ou mundialização, em que há um aumento da complexidade dos direitos nacionais dos Estados e do direito internacional, com a alteração da lógica normativa do direito internacional clássico.

Nesse processo de integração mundial, há a descentralização das fontes, com a criação de redes paralelas ou que interagem, tanto no nível nacional, como nos níveis regional e internacional. Além disso, os valores globais fazem com que o Estado deixe de ser o único comandante do processo de produção normativa internacional e os conceitos de ordem, de espaço e de tempo normativo escapam-lhe das mãos.[1]

Assim, o conceito de soberania do Estado é forçado a se modificar, já que os Estados soberanos deixam de ser a fonte exclusiva da produção do Direito.

Portanto, pensamos que o fenômeno de deslocamento de fronteiras dos Estados, a multiplicidade de fontes do Direito e a existência de valores comuns e globais em vários ordenamentos jurídicos nacionais, voltados para a promoção da tutela da pessoa humana, estão a exigir do operador do Direito a compreensão da interdisciplinaridade do Direito constitucional e internacional, que o submete a essa rede de normas, com a finalidade inclusive de preservar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesta seara, acreditamos que o diálogo entre Cortes demonstra ser um meio facilitador para a colaboração mútua e para a cooperação internacional e, nesse sentido, têm-se as inéditas disposições do novo Código de Processo Civil, em seus artigos 26 a 41.

O Poder Judiciário passa a ser inserido em uma nova configuração no plano mundial, dissociado da concepção clássica de soberania nacional, em que o terreno de observação adequado é a esfera desterritorializada dos intercâmbios que modela as interpretações jurisdicionais cosmopolitas.

Com a globalização e o crescimento da sociedade internacional interdependente, que interage cada dia de forma mais entrelaçada, o exercício do poder jurisdicional entre sistemas jurídicos autônomos torna-se interligado e as decisões judiciais locais se baseiam nos argumentos de decisões transnacionais, ao se discutirem as diferentes soluções possíveis para determinado caso concreto.

No mesmo sentido, o surgimento de Cortes internacionais e supranacionais e a preocupação com a proteção dos direitos humanos em nível global aumentam o espaço jurisdicional tradicional e seu âmbito de eficácia, e instrumentos jurídicos locais dilatam a dimensão de atuação jurisdicional doméstica.

Sendo assim, os processos transnacionais afetam, em diversos âmbitos, os contextos institucionais e políticos domésticos. Desse modo, a jurisdição interna passa a ser legitimamente exercida diante de uma justiça transnacional, fundada em embasamentos de reconhecimento universal da tutela do ser humano.

Nessa perspectiva, Roberto Dias e Michael Mohallem assinalam que o desenvolvimento da prática do diálogo jurisdicional acompanha a evolução dos direitos humanos na América Latina.[2]

Referem os autores que, além da relevância histórica do tema, é possível identificar outras quatro razões contemporâneas relati-

1 VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27.

2 DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede internacional de cortes constitucionais. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*: RBEC, Belo Horizonte, Fórum, ano 8, n. 29, maio/ago. 2014, p. 395.

vas à intensa comunicação entre o Supremo Tribunal Federal e outras Cortes constitucionais.

Os autores revelam que a ampla constitucionalização do Direito, mediante a abrangente inclusão de direitos individuais e sociais, aliada a um sistema de controle de constitucionalidade compreensivo, são fatores que ampliaram a atuação por parte do Supremo Tribunal Federal.

Em segundo lugar, arrolam a língua portuguesa, o sistema presidencialista, a participação democrática do povo e a independência do Poder Judiciário como fatores propícios à expansão do diálogo de ideias e normas.

Eles elencam o processo de integração regional, consubstanciado pelo Mercosul, como terceira razão para a intensa comunicação entre o Supremo Tribunal Federal e outras Cortes constitucionais.

Finalizam, citando a transformação da Constituição e da jurisprudência constitucional, resultantes da Emenda Constitucional nº 45.

Portanto, cremos que o Brasil se encontra inserido no constitucionalismo multinível, que permeia o ordenamento jurídico atual, através do bloco de constitucionalidade, abertura de cláusulas constitucionais, incorporação de tratados internacionais de direitos humanos ao nosso ordenamento jurídico, dentre outros, que estão a ensejar o efetivo diálogo entre Cortes, seja pelo controle direto de convencionalidade, por meio de provocação da CIDH, seja pelo supracitado controle difuso, a ser exercido pelo Poder Judiciário.

O Brasil reconheceu a jurisdição de inúmeros mecanismos judiciais – ou quase judiciais – internacionais nas diversas áreas, tais como Corte Interamericana de Direitos Humanos, Tribunal Penal Internacional, comitês diversos de tratados internacionais de direitos humanos, órgão de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio, Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul.[3]

Ademais, submete-se a vários comitês de direitos humanos estabelecidos em tratados celebrados sob o comando da Organização das Nações Unidas.

2. Controle de convencionalidade

O controle de convencionalidade consiste no exame de compatibilidade dos atos e normas nacionais com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, seus protocolos adicionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão supranacional do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, que interpreta o Pacto de San José da Costa Rica.[4]

Pensamos que o controle difuso de convencionalidade constitui um novo paradigma para nortear a atividade jurisdicional de todos os magistrados, os brasileiros inclusive.

Com efeito, constatamos que o pluralismo constitucional está a exigir uma nova postura do aplicador do Direito, que não se deve pautar pelo princípio da hierarquia, mas deve observar a abertura constitucional, o bloco de constitucionalidade e a prevalência das normas de direitos humanos.

O controle de convencionalidade desponta como um instrumento de controle jurisdicional das normas internas frente ao ordenamento jurídico internacional.

Segundo a lição de Marcelo Figueiredo,[5]

3 RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 106/107, jan./dez. 2012, p. 516.

4 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). *Controle de convencionalidade*: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 549.

5 FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionali-*

o controle de convencionalidade é aquele exercido para verificar a compatibilidade das regras locais (Direito interno) às convenções internacionais, havendo dois tipos de controle de convencionalidade: primário e secundário.

O controle primário de convencionalidade é o efetuado no campo doméstico dos países: juízes, integrantes do Poder Judiciário, devem verificar a compatibilidade entre as normas internacionais e supranacionais com as normas domésticas.

O controle de convencionalidade secundário, ou concentrado, é exercido pelo Tribunal regional competente, no nosso caso, primordialmente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos,[6] ao verificar a compatibilidade do ato interno com o Pacto de San José e seus protocolos adicionais, nos termos dos artigos 63, 67 e 68 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Dessa maneira, a Corte Interamericana de Direitos Humanos revisa a convencionalidade, verificando se os Estados cumprem as regras e os princípios da Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados, com o intuito de conferir se houve alguma violação dessas regras internacionais.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos pretende que os juízes nacionais de nossa região estejam submetidos às suas decisões e almeja que eles sejam auxiliares dessa Corte, mediante a realização do controle difuso de convencionalidade das leis.

Pensamos que todo magistrado, além de realizar o controle de constitucionalidade, tem o dever de efetuar o controle de convencionalidade, principalmente verificando a compatibilidade das normas internas à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, tendo como parâmetro a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Além do controle de convencionalidade poder ser exercido na modalidade preventiva, também pode tornar jurisdiciáveis direitos garantidos em tais tratados, viabilizando, portanto, a atuação do Poder Judiciário na proteção aos direitos humanos.

Dessa forma, o controle interno da convencionalidade das leis é complementar e coadjuvante do controle de constitucionalidade.

> Creio que é dever dos Tribunais nacionais, e nele incluo o Supremo, conhecer e aplicar o direito internacional (dos direitos humanos).
> [...]
> Se o Supremo é guardião da Constituição, como diz o texto, deve aplicá-la também realizando o controle de convencionalidade.
> [...] por força do § 3º, do art. 5º, da CF, os tratados internacionais de direitos humanos devem servir de parâmetro de controle de convencionalidade pelo STF. Pois se assim é, é possível e desejável que haja regular e naturalmente ações diretas (e declaratórias) de inconstitucionalidade ou de inconvencionalidade de leis ou de atos normativos federais, estaduais perante nosso STF.
> É dizer todas as ações hoje cabíveis no controle abstrato de constitucionalidade perante o STF servem também ao controle de convencionalidade.[7]

Por conseguinte, podemos concluir que as ações cabíveis no controle abstrato de constitucionalidade igualmente se aplicam ao controle de convencionalidade, havendo dois tipos de controle de convencionalidade: o abstrato e o concreto, tal como ocorre no controle de constitucionalidade, sendo certo que o direito nacional deve se amoldar às regras postas nos tratados internacionais de direitos humanos.

Cabe então ao Poder Judiciário controlar a compatibilidade de tais normas, seja por

dade e de convencionalidade no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 87.

6 *Ibidem*, p. 89.

7 *Ibidem*, p. 94-95.

intermédio do controle abstrato, seja por meio do controle concreto, de acordo com suas regras de jurisdição e competência.

Amplia-se, desse modo, o diálogo entre Cortes nacional e supranacional, através do controle de convencionalidade.

Com efeito, verifica-se a necessidade desse diálogo entre as diversas ordens, em especial no campo dos direitos humanos, ante a pluralidade de respostas, nem sempre coincidentes entre si, que essas ordens podem fornecer para um mesmo problema jurídico-constitucional relacionado a direitos dessa natureza.

O pluralismo constitucional está a exigir dos magistrados, além de conhecerem a ordem jurídica doméstica, serem os guardiões da jurisprudência das Cortes e Tribunais internacionais.[8]

Dessa forma, podemos concluir no sentido de que, no cenário atual, é inevitável o diálogo entre juízes constitucionais de diversos países, envolvendo não só uma mútua cooperação, mas inclusive um "intercâmbio acadêmico", tendo o Brasil adentrado, neste início de século XXI, de forma mais intensa, no diálogo entre Cortes e, por sua vez, no controle de convencionalidade.

Marcelo Figueiredo questiona se há um controle de convencionalidade no Supremo Tribunal Federal, bem como se os seus juízes regularmente levam a Corte Interamericana de Direitos Humanos em conta, e se, diante de pleitos concernentes a tratados internacionais, especialmente de direitos humanos, aplicam tais normas, considerando o que já decidiu aquela Corte.[9]

Pensamos que a resposta a essa indagação deve ser positiva, pois, no julgamento do RE nº 466.343-1/SP, o Supremo Tribunal Federal, em 2008, inaugurou o controle de convencionalidade no Brasil, na medida em que o paralelo feito entre a norma internacional (o Pacto de San José da Costa Rica) e a norma interna (as normas infraconstitucionais que buscam regular o inc. LXVII do art. 5º da CF) levou o Supremo Tribunal Federal a privilegiar a aplicação do tratado, em detrimento dos dispositivos internos do ordenamento jurídico brasileiro.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é a intérprete principal e final das normas da Convenção Americana de Direitos Humanos e dos comportamentos tidos como infratores aos direitos dessa Convenção, ao passo que as posições dos Estados variam, não obstante, atualmente, prevaleça na América Latina o acatamento das decisões da Corte pela maioria dos Estados que subscreveram a Declaração.

Anote-se, outrossim, que, além do diálogo entre juízes constitucionais, os demais juízes, que não os dos Tribunais constitucionais, são

8 FIGUEIREDO, Marcelo. *O direito constitucional transnacional e algumas de suas dimensões*. Tese (Professor Titular) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 17.

9 *Ibidem*, p. 94.

também guardiões das decisões das Cortes internacionais de direitos humanos, no nosso caso a Corte Interamericana de Direitos Humanos, de modo que lhes compete fazer o controle difuso de convencionalidade.

Neste ponto, cumpre indagar se os magistrados brasileiros podem realizar esse controle difuso de convencionalidade e, em caso afirmativo, verificar se o efetuam.

Pois bem, o artigo 29.b da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece que nenhuma disposição do Pacto de San José poderá ser interpretada no sentido de limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade que possa estar reconhecido de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção de que seja parte um dos Estados.

O artigo 5º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos também cuida do princípio *pro homine* e constitui fundamento de validade para o controle difuso de convencionalidade.

Por sua vez, o artigo 68.1 do Pacto de San José estabelece que os Estados membros se comprometem a cumprir a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos casos em que sejam partes.

Além disso, a própria jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu, na Opinião Consultiva nº 5/85, parágrafo 52, o emprego da norma mais favorável, se aplicáveis a Convenção Americana de Direitos Humanos e outro tratado internacional ao mesmo caso.

Assim, os fundamentos jurídicos para o controle difuso de convencionalidade são constituídos pelos artigos 29.b e 5º acima referidos, que revelam o princípio *pro homine*, ao lado do artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que cuida do princípio da boa-fé.

Ademais, o bloco de convencionalidade, composto pelo Pacto de San José e pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é o parâmetro para o controle difuso de convencionalidade.[10]

Eduardo Ferrer Mac-Gregor afirma que, além do controle concentrado de convencionalidade realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como parte de sua competência, os juízes e órgãos de administração de justiça nacionais ou domésticos dos Estados que tenham subscrito a Convenção Americana de Direitos Humanos também estão compelidos, com maior intensidade aos que tenham aceito a jurisdição dessa Corte, a realizar o controle de convencionalidade de caráter difuso.[11]

O mesmo autor refere que o controle é uma nova manifestação da constitucionalização ou nacionalização do direito internacional.

De acordo com esse autor, o controle difuso de convencionalidade diz respeito ao dever dos juízes nacionais de realizarem um exame de compatibilidade entre os atos e normas nacionais e a Convenção Americana de Direitos Humanos, seus protocolos adicionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que interpreta esse diploma interamericano, os quais constituem o bloco de convencionalidade.

Há vínculos estreitos entre a interpretação conforme e o controle difuso de convencionalidade, na medida em que esse controle significa realizar uma interpretação da norma nacional conforme a Convenção Americana de Direitos Humanos, seus protocolos e a jurisprudência convencional, harmonizando-se o dispositivo normativo interno à norma convencional.

O exercício de compatibilidade pode ser realizado por qualquer juiz, dentro do âmbito de sua competência, reservando-se a declaração de inconvencionalidade da norma

10 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional.* Prólogo de Diego Valadés; estúdio introductorio de Héctor Fix-Zamudio. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 609.
11 *Ibidem*, p. 707.

aos juízes que tenham competência, similar ao sistema de controle de constitucionalidade das leis.

Dessa forma, pensamos que aos juízes brasileiros cabe reconhecer, de forma incidental e de ofício, a inconvencionalidade normativa em caso de sua competência, ficando reservada aos juízes constitucionais a declaração para a retirada de citada norma do nosso ordenamento jurídico, tal como ocorre em sede de controle de constitucionalidade.

Anote-se que essa atividade jurisdicional reforçará a tutela dos direitos humanos e conduzirá à observância da Convenção Americana de Direitos Humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, inaugurando um novo estágio de interpretação constitucional.

Conquanto inexista no ordenamento jurídico brasileiro previsão expressa para a realização do controle difuso de convencionalidade ou a existência de uma cláusula de interpretação conforme o direito comparado – como ocorre na Constituição da Espanha de 1978 (art. 10.2); na Constituição de Portugal de 1976 (art. 16.2); na Constituição da Bolívia de 1988 (art. 13, IV); na Constituição da Colômbia de 1991 (art. 93); na Constituição do Peru de 1993 (art. 4º da disposição final e transitória); na Constituição do México (art. 1º, § 2º) –, pensamos que o disposto nos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal, que tratam do bloco de constitucionalidade e da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao direito constitucional, autoriza a realização do controle difuso de convencionalidade e permite a adoção, por parte do operador do Direito, de um processo interpretativo de harmonização que prestigie o princípio *pro homine* e consagre os direitos e garantias constitucionais e convencionais, deixando-se de aplicar, incidentalmente, a norma interna, em prestígio da disposição oriunda de tratado internacional, mais benéfica à pessoa humana.

Como examinamos no tópico sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos deste estudo, há inúmeros julgados proferidos pela Corte que constituem um catálogo de interpretação convencional a ser observado pelos juízes nacionais, que devem atuar como guardiões da convencionalidade, nas palavras de Eduardo Ferrer Mac-Gregor,[12] em efetivo diálogo entre a Corte e as jurisdições nacionais.

Assim, aos juízes e órgãos da Justiça nacional compete a missão de tutelar os direitos fundamentais constitucionais e o conjunto de valores, princípios e direitos humanos que o Estado tenha reconhecido através de instrumentos internacionais e cujo compromisso internacional tenha assumido.

O diálogo entre Cortes, por meio do controle de convencionalidade, se transforma em um instrumento de integração regional e de fortalecimento da tutela dos direitos humanos na América Latina.

Entendemos que, paralelamente ao controle concentrado da convencionalidade, exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que deve observar o princípio da subsidiariedade, o controle difuso de convencionalidade se trata de um novo paradigma a nortear a atividade jurisdicional dos magistrados, a ser realizado pelos juízes brasileiros com base no disposto pelo artigo 5º, parágrafos 2º e 3º, da Carta Magna, convertendo-os em juízes interamericanos, cuja missão os transforma em guardiões da convencionalidade.Acreditamos, por fim, que os juízes brasileiros estão inseridos nesse cenário atual regido pelo pluralismo constitucional, de modo que têm o dever de realizar o controle difuso de convencionalidade. No próximo tópico, pretendemos demonstrar que o Poder Judiciário brasileiro tem realizado

12 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). *Controle de convencionalidade*: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 586.

o processo interpretativo considerando as convenções internacionais vigentes sobre direitos humanos, efetuando, por consequência, necessário controle de convencionalidade.

3. O papel do Poder Judiciário no século XXI

Como afirmamos no início deste trabalho, diante do pluralismo constitucional que vigora neste século XXI, a prática do diálogo entre o ordenamento jurídico nacional e o ordenamento supranacional, principalmente por meio do controle de convencionalidade, mostra ser um novo paradigma a embasar a atividade jurisdicional do magistrado.

Esse magistrado passa a ser, então, um guardião do bloco de convencionalidade.

Com efeito, o magistrado brasileiro do século XXI deixa de ser mero aplicador automático da lei, que realizava a subsunção do fato à norma legal, e passa a ser o coordenador das inúmeras fontes do direito, quer oriundas do direito interno, quer de tratados internacionais, pautando-se pela tutela dos direitos humanos.

Cremos que o diálogo entre Cortes representa uma via harmonizadora da complexidade dos diversos ramos do Direito que permeiam a atualidade moderna e que o precedente jurisprudencial é um instrumento valioso dentro desse contexto.

Acreditamos, outrossim, que a valorização e as especificidades do Direito, inerentes ao Estado Democrático de Direito, acarreta modificações no papel do juiz, cabendo-lhe, ao dizer em cada caso concreto qual dos princípios em conflito deverá prevalecer para solucionar o pleito trazido à baila, valer-se do diálogo necessário entre Cortes, principalmente do controle difuso de convencionalidade.

Deveras, o bloco de constitucionalidade, existente por força do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, aliado à forma privilegiada de recepção dos tratados internacionais de direitos humanos, colocam ao alcance dos operadores do Direito o controle difuso de convencionalidade.

Assim, os juízes têm a importante missão de salvaguardar os direitos fundamentais previstos em seu ordenamento jurídico interno, bem como o conjunto de valores, princípios e direitos humanos que o Estado reconhece mediante a incorporação de instrumentos que convencionou internacionalmente.

Os juízes nacionais se convertem nos primeiros intérpretes da normatividade internacional, tendo a missão de tutelar o corpo jurídico interamericano, através do controle difuso de convencionalidade das leis.

Esse operador do Direito, que está inserido nesse cenário de pluralismo consti-

tucional, em que o conceito de soberania dos Estados passa a ser relativo, deve se valer do bloco de constitucionalidade e da recepção privilegiada dos tratados de direitos humanos para efetuar o controle de convencionalidade das leis ou realizar a interpretação conforme a Constituição, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a jurisprudência convencional.

A proteção ao ser humano passa a ser o centro da ordenação jurídica mundial.

Com o término da Segunda Guerra Mundial, redefiniu-se a Constituição e a influência do Direito constitucional sobre as instituições contemporâneas.

O diálogo das fontes eleva a visão do intérprete para o *télos* do conjunto sistemático de normas, inseridas num feixe de pluralidade normativa, em que se prestigiam os valores constitucionais e os direitos humanos, tutelando-se o sujeito vulnerável, em ajuste entre a autonomia da vontade e liberdade, confrontada com o direito à diferença e à igualdade.

Segundo o artigo 8º do Código de Processo Civil, "ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência". Tais diretrizes devem guiar o magistrado na interpretação do ordenamento jurídico e na consequente aplicação do Direito ao caso concreto que lhe é submetido para análise e decisão.

O artigo 140, *caput*, do Código de Processo Civil, ao prescrever que "o juiz não se exime de decidir sob alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico", estabelece que o juiz dos dias atuais não está vinculado à mera subsunção da lei, cabendo-lhe decidir, caso a caso, conforme o ordenamento jurídico, visando a atender às necessidades da sociedade.

O juiz, dessa maneira, decide com base em precedente jurisprudencial, doutrina e princípios jurídicos.

O precedente jurisprudencial ganha força, tanto que o artigo 927 do Código de Processo Civil reforça a necessidade de respeito à jurisprudência de órgãos superiores, nas determinadas condições que elenca, como nas decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência, resolução de demandas repetitivas, julgamento de recurso especial ou extraordinários repetitivos, dentre outras hipóteses.

Concluímos, portanto, no sentido de que os magistrados brasileiros devem preservar o princípio da indeclinabilidade da jurisdição e observar o disposto pelo artigo 8º, combinado com o artigo 140, ambos do Código de Processo Civil, principalmente no que diz respeito ao resguardo e promoção da dignidade da pessoa humana e tutela do princípio *pro homine*.

Constatamos, também, que a aplicação do Direito constitucional é embasada no reconhecimento da força normativa da Constituição; expansão da jurisdição constitucional e desenvolvimento da interpretação constitucional.

Assim, a força normativa da Constituição, aliada à expansão da jurisdição constitucional, representada pela supremacia da Constituição, através do controle concentrado e difuso de constitucionalidade, pela arguição de descumprimento de preceito fundamental e pela constitucionalização dos direitos humanos, cuja proteção passou a caber ao Poder Judiciário, mediante controle de convencionalidade das leis em face do bloco de convencionalidade, provocam impacto sobre a hermenêutica jurídica de maneira geral e, especialmente, sobre a interpretação constitucional.

Dessa forma, observamos que o papel do Poder Judiciário sofreu grandes modificações no século XXI, cabendo ao juiz dizer, em cada caso concreto, qual dos princípios

em conflito deverá prevalecer para solucionar o pleito trazido à baila, cuja atuação é delimitada pelos parâmetros do próprio regime constitucional, e inclusive: (i) pelo princípio da inafastabilidade de controle jurisdicional; (ii) por caber ao Poder Judiciário o cumprimento dos valores e direitos constitucionais, visto que o Brasil é um Estado Democrático de Direito; (iii) porque os direitos e garantias fundamentais são valores ínsitos à interpretação da Constituição e de seus destinatários; (iv) em razão do princípio da dignidade da pessoa humana; (v) por considerar que os direitos constitucionais fundamentais, como saúde, educação, moradia, etc. são de variada eficácia e aplicabilidade , demandando a integração dos vários poderes para sua total fruição pelas pessoas.

Observamos que o fenômeno da internacionalização dos direitos é uma realidade: com a ampliação do leque dos atores internacionais na produção normativa internacional, em virtude da variedade de temas objeto do Direito internacional, surgem, as redes paralelas, ou redes que interagem em nível nacional, regional ou internacional.

A expansão dos tratados e a proliferação dos Tribunais internacionais ampliam a jurisdição e a aplicação do Direito internacional, fazendo com que os Estados nacionais passem a ficar vinculados aos diversos compromissos globais, de modo que o emprego do Direito internacional se torna atribuição do Poder Judiciário como um todo.

Fala-se, então, em interdisciplinaridade entre o Direito constitucional e o Direito internacional.

Ademais, o diálogo entre Cortes demonstra ser um meio favorável para a criação de um Direito comum de cooperação.

Além disso, pensamos que a abertura das normas constitucionais, as formas de recepção dos tratados internacionais e o patamar hierárquico que eles adquirem no ordenamento jurídico, especialmente com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que confere aos tratados internacionais de direitos humanos a hierarquia de emendas constitucionais, são de extrema importância, na medida em que os tratados internacionais desempenham um papel primordial para a expansão do Direito internacional e sua progressiva assimilação pelos sistemas domésticos, favorecendo o diálogo jurisdicional, principalmente pelo controle de convencionalidade.

Acreditamos que a pretensão universal de tutela dos direitos humanos configura-se como o fundamento teórico preponderante para a prática do diálogo transnacional, aliado ao patamar diferenciado dos tratados de direitos humanos e à semelhança entre o objeto de proteção das normas de direitos humanos e das normas protetivas de direito interno.

Tem-se, dessa forma, um sistema com múltiplos níveis de proteção, em que vigora a máxima da primazia da norma mais favorável às vítimas.

Do exame dos julgados citados no presente estudo, chegamos à conclusão de que o diálogo entre Cortes, particularmente pelo controle de convencionalidade, é um fenômeno jurídico relativamente recente, observado pelo Poder Judiciário como um todo, não obstante a existência de posicionamentos doutrinários em sentido contrário.

Com efeito, o controle difuso de convencionalidade tem sido e deve ser utilizado, como regra geral, pelos juízes brasileiros.

Além do controle concentrado de convencionalidade realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como parte de sua competência, os juízes e órgãos de administração de justiça nacional ou domésticos dos Estados que tenham subscrito a Convenção Americana de Direitos Humanos também estão compelidos, com maior intensidade aos que tenham aceito a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a realizar o controle de convencionalidade de caráter difuso.

Portanto, aos juízes brasileiros cabe reconhecer, de forma incidental e de ofício, a inconvencionalidade normativa em caso vinculado a sua competência, ficando reservada, aos juízes constitucionais, a declaração para a retirada de citada norma do nosso ordenamento jurídico, tal como ocorre em sede de controle de constitucionalidade.

Essa atividade jurisdicional constitui um novo paradigma na atividade jurisdicional dos magistrados, que reforçará a tutela dos direitos humanos e conduzirá à observância da Convenção Americana de Direitos Humanos e à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, inaugurando um novo estágio de interpretação constitucional.

Referências

DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede internacional de cortes constitucionais. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*: RBEC, Belo Horizonte, Fórum, ano 8, n. 29, p. 371-402, maio/ago. 2014.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). *Controle de convencionalidade*: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 547-658.

_____ . *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional.* Prólogo de Diego Valadés; estúdio introductorio de Héctor Fix-Zamudio. Madrid: Marcial Pons, 2013. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3384-panoramica-del-derecho-procesal-constitucional-y-convencional>. Acesso em: 30 out. 2016.

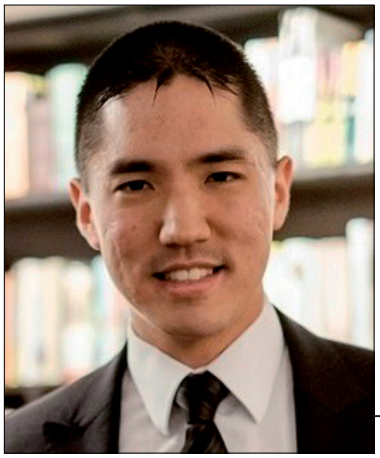
FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil.* São Paulo: Malheiros, 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O direito constitucional transnacional e algumas de suas dimensões.* Tese (Professor Titular) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 106/107, p. 497-524, jan./dez. 2012. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67955/70563>. Acesso em: 30 out. 2016.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

O direito do contribuinte de errar e de reparar o dano: revisitando o mito da incompatibilidade da denúncia espontânea com os casos de descumprimento de deveres instrumentais



Caio Augusto Takano

Doutorando e Mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo – USP. Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo. Conselheiro Julgador do Conselho Municipal de Tributos de São Paulo. Coordenador da Especialização em *Compliance* e Gestão Tributária da Faculdade Brasileira de Tributação – FBT. Professor da Faculdade Escola Paulista de Direito – EPD. Professor Convidado de cursos de Pós-Graduação. Advogado em São Paulo.

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo convidar o leitor a revisitar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para perquirir se dela é possível extrair a conclusão de que o instituto da denúncia espontânea é inaplicável aos casos de descumprimento de deveres instrumentais; e, sendo esse o posicionamento adotado até então, se é aquele que melhor reflete o direito posto. O autor sugere, ainda, que o instituto da denúncia espontânea guarda plena aderência com os casos em que há inobservância de deveres instrumentais, seja pela natureza do instituto, pelo enunciado normativo do artigo 138 do Código Tributário Nacional, ou, ainda, em decorrência do princípio da isonomia.

PALAVRAS-CHAVE: Direito tributário. Deveres instrumentais. Infração tributária. Denúncia espontânea.

SUMÁRIO: 1. Introdução: existe um direito do contribuinte de errar no cumprimento de suas obrigações tributárias? 2. A denúncia espontânea no direito tributário: justificativa e limites. 3. Contornos típicos dos deveres instrumentais tributários. 4. Denúncia espontânea no cumprimento dos deveres instrumentais tributários. 5. O posicionamento do STJ e a busca de coerência na aplicação do Direito. 6. Conclusão: o que cabe ao intérprete do Direito fazer? Referências.

1. Introdução: existe um direito do contribuinte de errar no cumprimento de suas obrigações tributárias?

Não é novidade afirmar, no Brasil, que os custos de conformidade suportados pelos contribuintes são demasiadamente significativos. Com a busca da Administração Pública por recursos financeiros para custear suas atividades, somada à importância que os tributos têm adquirido no orçamento público, à crescente complexidade das relações jurídicas da sociedade globalizada e ao combate à evasão fiscal, o sistema tributário brasileiro tem experimentado um aumento substancial no número de deveres instrumentais exigidos, como forma de garantir a sua adaptabilidade e o seu funcionamento diante desse contexto de constantes transformações sociais.[1]

Em contrapartida, elevaram-se não apenas os custos de conformidade suportados pelos contribuintes como também o grau de complexidade do sistema jurídico. Apenas para exemplificar, em notícia recente, apontou-se que as empresas gastam mais de 1.958 horas para cumprir suas obrigações tributárias (mais que o dobro do que a Bolívia, em 2º lugar nessa mesma pesquisa) e que os custos de conformidade do setor produtivo consumiram, em 2016, cerca de 1,5% do seu faturamento anual, equivalente a um gasto no montante de R$ 60 bilhões.[2]

O excessivo ônus para que o contribuinte consiga cumprir a legislação tributária revela-se como decorrência natural da política tributária brasileira adotada, que tem privilegiado medidas no sentido de uma "privatização da gestão tributária" – para referir à terminologia de Ferreiro Lapatza[3] –, pela qual se imputa ao contribuinte todo o peso do cálculo e recolhimento das obrigações tributárias e, à Administração, passa a caber uma função mais passiva, dentro da ideia de um "Estado Vigilante".[4]

No entanto, se, de um lado, não há dúvidas sobre a importância da função desempenhada pelos deveres instrumentais em nosso sistema tributário, como meios de racionalização e instrumentalização da arrecadação e da fiscalização dos tributos,[5] de outro, é forçoso reconhecer que a sua instituição dista de ser neutra, podendo causar, quando exagerada e injustificada, distorções no próprio sistema jurídico e efeitos negativos na economia e no desenvolvimento de um país.[6]

Diante deste cenário, de elevada complexidade legislativa em matéria tributária – tanto em relação aos deveres instrumentais quanto à obrigação tributária principal –, não é raro que haja divergência interpretativa das normas tributárias ou, ainda, uma inadequada compreensão a respeito de seu comando normativo.

Neste ponto, a questão que se coloca é: o contribuinte tem o direito de errar e de reparar o dano causado ao erário? Em ou-

1 Cf. TAKANO, Caio Augusto. *Deveres instrumentais dos contribuintes*: fundamentos e limites. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 31.

2 Cf. ALVARENGA, Darlan. Empresas gastam 1.958 horas e R$ 60 bilhões por ano para vencer burocracia tributária, apontam pesquisas. *G1*, 20 nov. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/empresas-gastam-1958-horas-e-r-60-bilhoes-por-ano-para-vencer-burocracia-tributaria-apontam-pesquisas.ghtml>. Acesso em: 29 ago. 2018.

3 Cf. FERREIRO LAPATZA, José Juan. La privatización de la gestión tributaria y las nuevas competencias de los Tribunales Económico-Administrativos. *Revista Española de Derecho Financiero*, Madrid: Civitas, n. 37, 1983, p. 81-94.

4 Cf. NABAIS, José Casalta. Alguns desafios actuais da tributação. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, n. 82, 2001, p. 91-92.

5 Cf. TAKANO, Caio Augusto. *Deveres instrumentais dos contribuintes*: fundamentos e limites. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 33-34.

6 Não merece reparos a precisa advertência de Luís Eduardo Schoueri nesse sentido: "Embora se possa crer que da brutal quantidade de deveres instrumentais atribuídos aos contribuintes derivem resultados positivos – algo que não se comprova – afastam-se investimentos produtivos, contribuindo para o atraso da nação". Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Globalização, investimentos e tributação: desafios da concorrência internacional ao sistema tributário brasileiro. *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, Rio de Janeiro: FUNCEX, n. 113, 2012, p. 7.

tras palavras, é condizente com a realidade jurídica brasileira que o Fisco pressuponha – em analogia à ideia de Ronald Dworkin[7] – a existência de um "Contribuinte Hércules", i.e., um contribuinte – sem qualquer formação jurídica – dotado de suficiente argúcia e capacidade hermenêutica para conhecer com minúcia o sistema tributário brasileiro, bem como para construir e aplicar normas jurídicas que, sobre serem corretas, estejam ainda em perfeita aderência com o entendimento da Administração Tributária? A inexistência de um tal contribuinte com todas essas virtudes implica o reconhecimento aos contribuintes do direito de errar em matéria tributária?

A resposta para essa questão encontra-se, em nosso ordenamento jurídico, positivada no artigo 138 do Código Tributário Nacional (CTN). Ao introduzir o instituto da denúncia espontânea e, como sua consequência, a relevação das penalidades aplicadas, houve uma efetiva tomada de posição do legislador em reconhecer o direito ao erro pelo contribuinte, desde que ele repare o dano causado por sua interpretação antes de qualquer atuação da Administração Tributária.

Entretanto, se não há qualquer questionamento sobre a aplicabilidade do referido instituto no tocante às obrigações tributárias principais, o mesmo não ocorre justamente quanto aos deveres instrumentais tributários, em relação aos quais o entendimento do Fisco – com amplo apoio da jurisprudência de nossos Tribunais – afasta o direito do contribuinte de errar.

Desta maneira, espera-se que o contribuinte "médio" deva conhecer com intimidade e em todos os seus meandros a ampla gama de procedimentos instituídos na legislação tributária referentes, por exemplo, à emissão e escrituração da Nota Fiscal eletrônica (NF-e); ao preenchimento dos diversos módulos do SPED Fiscal; à forma adequada de preencher a Escrituração Contábil Fiscal (ECF) em harmonia com a Escrituração Contábil Digital (ECD); entre outras, não apenas do ente tributante da localidade em que está situado, como de todos os entes tributantes nos quais as pessoas com quem transaciona estão estabelecidas.

A realidade, contudo, é radicalmente oposta. Mesmo com um esforço hercúleo, diante da inigualável complexidade normativa da legislação tributária brasileira, o contribuinte encontra-se propenso ao erro no que se refere ao cumprimento de suas obrigações tributárias.

Por mais simples que pareça, numa primeira aproximação, a emissão de uma nota fiscal na venda de uma mercadoria qualquer a consumidor pessoa física, há diversas questões imbricadas de elevada complexidade jurídica, por exemplo: (i) deve o contribuinte verificar se o destinatário é contribuinte ou não do imposto (mesmo sendo pessoa física), para definir se é cabível a emissão de Nota Fiscal eletrônica (NF-e, mod. 55) ou Nota Fiscal do Consumidor (NFC-e, mod. 65); (ii) é indispensável identificar a alíquota e a base de cálculo aplicáveis, exigindo-se que se tenha conhecimento de se há benefícios fiscais para o seu produto bem como o cumprimento dos pressupostos legais para sua fruição; (iii) cabe, ainda, observar a destinação da mercadoria para poder identificar o CFOP correto; (iv) é essencial, ainda, conhecer a classificação fiscal (código NCM) de sua mercadoria, o que exige a escolha de uma entre várias alternativas possíveis pela leitura da descrição do código, o qual muitas vezes não acompanha o rápido aprimoramento e a evolução tecnológica do mercado; (v) precisa buscar informações minuciosas do transportador, ainda que a contratação do transporte não seja de sua responsabilidade; (vi) é necessário conhecer se há, em portarias ou atos normativos infralegais, requisitos sobre o leiaute do documento fiscal e ou informações/frases que devem constar no campo informações complementares; (vii) exige-se ainda que o emissor da nota

7 Sobre a figura do "Juiz Hércules", cf. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 1991, p. 105-130.

fiscal tenha conhecimento sobre a idoneidade (não apenas formal, mas de fato) do destinatário da nota fiscal; etc. Esses exemplos são apenas alguns dos desafios enfrentados para emitir uma única nota fiscal. Para a escrituração desse documento, há inúmeros outros cuidados inescusáveis ao contribuinte, bem como tantos outros dispositivos cujo conhecimento configura-se essencial para cumprir o comando legal.

Eis porque o presente estudo tem como escopo revisitar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para perquirir se dela é possível extrair a conclusão de que o instituto da denúncia espontânea é inaplicável aos casos de descumprimento de deveres instrumentais; e, sendo esse o posicionamento adotado até então, se é aquele que melhor reflete o direito posto.

Em verdade, este artigo sustenta uma tese: de que o instituto da denúncia espontânea guarda plena aderência com os casos em que há inobservância de deveres instrumentais, seja pela natureza do instituto, pelo enunciado normativo do artigo 138 do CTN, ou, ainda, em decorrência do princípio da isonomia.[8]

Impedir que o contribuinte se valha desse instituto em relação aos deveres instrumentais não apenas significa retirar uma garantia do contribuinte prevista expressamente no ordenamento jurídico, mas igualmente assumir que exista um "Contribuinte Hércules" o qual, superando toda e qualquer dificuldade exegética, consegue construir o conteúdo da norma jurídica em plena aderência com o entendimento que será construído pelo Fisco anos depois, por ocasião da aplicação da norma tributária em um procedimento fiscalizatório. Premissa que não se sustenta diante da inerente e insuperável complexidade da legislação tributária brasileira e que, em verdade, privilegia um sistema regressivo, no qual apenas contribuintes que possuam capital para um bom assessoramento jurídico e contábil tenham condições reais de cumprir todas as obrigações tributárias – principais e acessórias – e, assim, evitar a imposição das elevadas multas pelo seu descumprimento.

2. A denúncia espontânea no direito tributário: justificativa e limites

Consoante relata Geraldo Ataliba, o instituto da denúncia espontânea surgiu no direito tributário como medida que promove, a um só tempo, maior comodidade para as autoridades fiscais e aumento da arrecadação tributária. Por seu intermédio, o contribuinte, mediante o cumprimento espontâneo dos deveres e obrigações instituídas na lei fiscal, ainda que a destempo, poupa o Fisco de vigilância, diligência, empenho e trabalho, e, em contrapartida, é beneficiado com o desencargo financeiro do montante devido a título de sanções.[9]

8 Cf. TAKANO, Caio Augusto. *Deveres instrumentais dos contribuintes*: fundamentos e limites. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 282.

9 Cf. ATALIBA, Geraldo. Espontaneidade como excludente de punibilidade no procedimento tributário. *Revista dos Tribunais,* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 464, 1974, p. 56.

Daí ser caracterizada como um instituto jurídico, de cunho político-fiscal, que exclui as sanções punitivas em face da reparação, realizada espontaneamente, da falta cometida pelo sujeito passivo da obrigação tributária, seja ela principal ou "acessória", entendendo-se por espontaneidade o ato praticado antes de qualquer procedimento ou medida fiscalizatória relacionados com a infração a ser reparada.[10]

Há, entretanto, um forte embate acerca do âmbito de abrangência da denúncia espontânea. Conquanto não existam divergências sobre sua aplicação na hipótese em que há o descumprimento de uma obrigação tributária principal, o mesmo não ocorre em relação às sanções pela inobservância de deveres instrumentais ou, ainda, multa de mora (que não é objeto deste estudo).

Como as discussões em torno do tema têm por fundamento diferentes interpretações do artigo 138 do CTN, que regula a matéria, é importante que se transcreva o seu teor antes de apresentarmos nossa proposta exegética e seus efeitos no que tange às infrações aos deveres instrumentais tributários. Referido dispositivo dispõe que:

> SEÇÃO IV
> Responsabilidade por Infrações
> [...]
> Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.
> Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

Nesse momento, dois aspectos sobre o enunciado normativo merecem destaque para se tome um posicionamento a respeito da aplicabilidade desse dispositivo às sanções impostas em virtude do descumprimento de deveres instrumentais. Em primeiro lugar, relativamente ao seu antecedente normativo, é importante destacar que há apenas uma condição – e que lhe é inerente – para a sua aplicação, exigida em nosso direito positivo: a espontaneidade do ato.

Reputa-se espontâneo o ato do contribuinte que antecede um procedimento administrativo ou uma medida de fiscalização. Embora, rigorosamente, tais expressões possuam conteúdos semânticos distintos, a investigação de seus significados não é necessária para se empregar a regra do artigo 138 do CTN.

Como pondera Ricardo Mariz de Oliveira, ambas as figuras, no dispositivo legal, vêm precedidas "pela identificação qualitativa de serem quaisquer ações do Fisco",[11] abrangendo, consequentemente, qualquer atuação fiscal. É a direção a que, efetivamente, aponta o predicativo "qualquer" o qual antecede tais expressões no texto legal. Se assim é, parece-nos correto afirmar que ambas as expressões poderiam ser substituídas, sem prejuízo de seu teor normativo, simplesmente por "qualquer atuação fiscal". Se assim é, espontâneo será o ato do contribuinte realizado antes de qualquer atuação fiscal que se dirija a fiscalizar determinado fato gerador.

Por outro lado, o enunciado normativo em questão indica ser equivocado o entendimento que prevalece no STJ, no sentido de que o pagamento do tributo devido e dos juros de mora seja um requisito essencial à denúncia espontânea.[12] Como se verá adiante,

10 Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 862.

11 Cf. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Sanções tributárias e denúncia espontânea. *In*: MACHADO, Hugo de Brito. *Sanções administrativas tributárias*. Dialética: Fortaleza, 2004, p. 409.

12 Por todos, cf. STJ, Recurso Especial nº 1.129.202/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, j. 17/06/2010, DJe 29/06/2010; STJ, Agravo Regimental no Agravo nº 490.441/PR, Primeira Turma, Relator

a expressão "se for o caso" indica que esse requisito será exigível em algumas situações, mas não em todas. Não se trata, pois, de uma condição necessária para a aplicação da denúncia espontânea, ao contrário do que ocorre com o requisito da espontaneidade.

Já em relação ao seu consequente normativo, há divergências no que se refere ao alcance de seus efeitos. Consoante pontifica Geraldo Ataliba, a denúncia espontânea exclui a responsabilidade[13] concernente a qualquer penalidade, de modo a abranger todas as espécies de multas, condenações, penalidades, etc., somente ficando fora de seu escopo os juros e a correção monetária, cujas naturezas são de recomposição patrimonial e não configuram penalidades, portanto.[14]

Não é raro o contribuinte se deparar com a situação em que, ao tentar realizar a denúncia espontânea, a Administração Pública exija, junto com o pagamento do tributo corrigido por juros e correção, o pagamento de multa moratória, sob o fundamento de que esta, diferentemente da multa punitiva, teria caráter indenizatório.

Entretanto, conforme ensina Luís Eduardo Schoueri, tal argumento carece de sentido jurídico, porque a multa de mora, tanto quanto a multa punitiva, configura sempre uma penalidade. Tanto é assim que a "reparação" que se faz ao Fisco, no caso de atraso de recolhimentos, dá-se pela cobrança de juros, que não são alcançados pelo artigo 138 do CTN.[15]

Também Paulo de Barros Carvalho, após citar importantes precedentes proferidos no Supremo Tribunal Federal (STF),[16] conclui que as multas moratórias "têm, incontestavelmente, natureza de sanção, advindo da inobservância de um dever jurídico".[17]

A nosso ver, as críticas são procedentes. Ao entendimento de que as multas moratórias seriam despidas de caráter punitivo, possuindo apenas caráter indenizatório, podem ser levantadas duas objeções: a primeira, é que desconsidera que toda multa possui, em alguma medida, uma função punitiva, não sendo tal fato incompatível com o exercício concomitante da norma sancionatória das funções indenizatória e preventiva; a segunda, é que o posicionamento contrário não explica satisfatoriamente a distinção entre a multa moratória e os juros de mora, bem como o que legitimaria o Estado a impor ambos, simultaneamente, só para ressarcir o erário pela mora do pagamento do tributo.

Daí merecer encômios a decisão proferida no julgamento do Recurso Especial nº 1.149.022/SP, representativo de controvérsia, em que o STJ, revendo a sua jurisprudência, pacificou a questão e reconheceu nas multas moratórias o caráter punitivo sendo, portanto, passíveis exclusão com a denúncia espontânea.[18] Interpretação que, a nosso ver, é consentânea com o direito positivo.

Feitas essas ponderações, é forçoso estabelecer algumas premissas acerca dos deve-

Ministro Luiz Fux, j. 18/05/2004, DJ 21/06/2004; STJ, Recurso Especial nº 536.713/RS, Segunda Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, j. 13/02/2007, DJ 05/03/2007.

13 Daí por que não se sustenta a comparação desse instituto com o arrependimento eficaz do Direito Penal, uma vez que neste último se supõe a verificação do fato ilícito, enquanto que, a teor do artigo 138 do CTN, a própria lei afastou a infração, ao "excluir a responsabilidade". Cf. ATALIBA, Geraldo. Espontaneidade como excludente de punibilidade no procedimento tributário. *Revista dos Tribunais,* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 464, 1974, p. 60.

14 *Ibidem*, p. 56.

15 Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 863.

16 Em especial, merece atenção o RE nº 79.625/SP, de Relatoria do Ministro Cordeiro Guerra, cuja ementa, pela sua clareza e ponderações, merece transcrição: "EMENTA: - Multa moratória. Sua inexigibilidade em falência, art. 23, § único, III, da Lei de Falências. A partir do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25.10.966, não há como se distinguir entre multa moratória e administrativa. Para a indenização da mora são previstos juros e correção monetária. RE não conhecido". Cf. STF, Recurso Extraordinário nº 79.625/SP, Pleno, Relator Ministro Cordeiro Guerra, j. 14/08/1975, DJ 08/07/1976.

17 Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 508.

18 Cf. STJ, Recurso Especial nº 1.149.022/SP, Primeira Seção, Relator Ministro Luiz Fux, j. 09/06/2010, DJe 24/06/2010.

res instrumentais tributários para investigar a compatibilidade do instituto da denúncia espontânea nos casos em que houver o seu descumprimento.

3. Contornos típicos dos deveres instrumentais tributários

Foge aos lindes do presente estudo detalhar a natureza e o regime jurídico aplicáveis aos deveres instrumentais tributários.[19] No entanto, algumas considerações sobre seus contornos típicos são necessárias para que se prossiga com a análise relativa à compatibilidade da denúncia espontânea nos casos de descumprimento de deveres instrumentais.

Primeiramente, ainda que sem questionar se os deveres instrumentais configuram deveres administrativos[20] ou obrigações jurídicas tributárias,[21] é predominante o entendimento da doutrina, inclusive a estrangeira,[22] de que os deveres instrumentais tributários não se confundem com a obrigação principal de pagar tributo.[23]

19 Sobre o tema, cf. TAKANO, Caio Augusto. Os limites impositivos aos deveres instrumentais tributários. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo: Dialética, n. 27, 2012, p. 284-304.

20 Por todos, ver as incisivas críticas tecidas por Geraldo Ataliba ao denunciar a natureza de dever administrativo das chamadas "obrigações acessórias" a que se refere o CTN, em razão de, além da ausência de caráter patrimonial, faltar às "obrigações acessórias" o caráter definitivo e único das relações jurídicas obrigacionais (a relação jurídica oriunda dos deveres instrumentais não se extingue com o cumprimento de seu objeto), *in verbis*: "De maneira geral, os deveres administrativos, além de serem permanentes, não têm, em hipótese alguma, conteúdo patrimonial enquanto que para haver obrigação é preciso que haja transitoriedade e patrimonialidade". Cf. ATALIBA, Geraldo. *Elementos de direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 59.

21 Por todos, ver a divergência provocada por Souto Maior Borges. Afirma o referido autor que, mesmo admitido o caráter não patrimonial dos deveres instrumentais, tal fato não configuraria óbice para reconhecê-los como obrigações. Sustenta que obrigação é uma categoria jurídico-positiva, o que implica assumir a inexistência de "atributos essenciais" do instituto obrigação, pois seus contornos são todos definidos pelo direito positivo. Isto é, os atributos da obrigação serão aqueles contemplados pelo ordenamento, daí porque a patrimonialidade poderá ser ou não um requisito da obrigação, e não um elemento que automaticamente basta, por si, para caracterizar um liame jurídico como obrigacional ou não. Cf. BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária* (uma introdução metodológica). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 82.

22 Exemplificativamente, podemos citar, na doutrina espanhola, o entendimento de Perez de Ayala, que aponta a existência de normas jurídicas de direito tributário material – as quais prescrevem sobre os elementos constitutivos da obrigação tributária, consistente na prestação pecuniária – , e de normas jurídicas de direito tributário formal – que versam sobre os procedimentos para verificar a existência e apurar a valor, caso a caso, dos elementos constitutivos dos tributos, bem como aquelas normas que regulam o procedimento pelo qual deverão ser cumpridas as condutas exigidas nas obrigações tributárias pecuniárias. Nestas normas que se encontrariam os deveres instrumentais. Cf. PEREZ DE AYALA, Jose Luis. *Derecho tributario*. Madrid: Editorial de Derecho Financeiro, 1968, p. 97-98. Também é interessante posicionamento adotado por Posadas-Belgrano a respeito da questão. Para o referido publicista uruguaio, os deveres instrumentais possuem natureza obrigacional e cível. Isto é, embora reconheça sua natureza tributária, defende que as "obrigações" instituídas com o escopo de assegurar o cumprimento do imposto (obrigações acessórias) são, na realidade, obrigações cíveis, em que tanto o Estado quanto o sujeito passivo se encontram em situação de paridade, submetendo-se, exclusivamente, à lei. Ademais, tais relações poderão ser entre Estado e contribuintes, como também entre Estado e cidadãos não contribuintes daquele tributo a que se refere o dever instrumental. Cf. POSADAS-BELGRANO, G. A. *Derecho tributario*: un estudio sobre las relaciones jurídicas de impuesto. Montevideo: Editorial Medina, 1959, p. 310. Por sua vez, o autor português Soares Martinez, ao enfrentar a questão sobre a natureza jurídica dos deveres instrumentais tributários, defendeu que poderão ser ou não obrigacionais, dependendo exclusivamente do conceito de "obrigação tributária" adotado no sistema jurídico. Em princípio, não haveria óbices para a teoria geral das obrigações admitir a existência de relações tributárias acessórias, uma vez que obrigações complexas ou múltiplas sempre foram admitidas, estas constituídas por conjuntos de direitos e deveres oriundos de um mesmo fato jurídico. Cf. MARTINEZ, Soares. *Direito fiscal*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 170. Por fim, vale citar Giuliani Fonrouge, para quem a obrigação tributária é sempre uma obrigação de dar, com uma prestação jurídica patrimonial, que nasce com a realização do pressuposto de fato previsto em lei, inconfundível com outros deveres e omissões a cargo do contribuinte, consistentes em prestações de fazer ou não fazer. Desta forma, considera autônomas as obrigações tributárias e os deveres instrumentais, como a maioria dos autores brasileiros. Cf. GIULIANI FONROLIGE, C. M. *Conceitos de direito tributário*. Tradução de Geraldo Ataliba e Marco Aurélio Greco. São Paulo: Lael, 1973, p. 93.

23 Na jurisprudência pátria, há manifestações, inclusive do STJ, confirmando tal posicionamento. Em seu voto, proferido no julgamento do Recurso Especial nº 1.040.578/SP, o Ministro Relator Luiz Fux entendeu que os deveres instrumentais são vínculos jurídicos autônomos da rela-

Tais obrigações prestam-se a auxiliar o efetivo cumprimento da relação jurídica inerente à obrigação tributária. Daí porque a predominância do entendimento de que a acessoriedade – a que se refere o CTN – deve ser compreendida como instrumentalidade.[24] Evidencia-se que não há uma dependência, tal como se encontra no Direito Civil, entre a obrigação tributária principal e aquela tida como "acessória" no CTN, pois uma subsiste sem a outra. Mas isso, vale enfatizar, não significa que elas não mantenham vínculo algum; pelo contrário, o dever instrumental só tem fundamento se houver uma obrigação tributária a qual se possa referir.

Consoante adverte Hugo de Brito Machado, só há sentido a "acessoriedade" em relação à obrigação de pagar tributo sob uma perspectiva global da obrigação tributária, i.e., os deveres instrumentais só existem para instrumentalizá-la. Não haveria tais deveres sem aquela obrigação.[25] Sua função precípua é assegurar o cumprimento da relação jurídica tributária principal e possibilitar sua fiscalização. Em decorrência disso, é possível inferir que as relações jurídicas decorrentes de deveres instrumentais têm como objeto um "fazer" ou "não-fazer", sendo desprovidas, portanto, de um caráter patrimonial.[26]

A questão, como se nota, é complexa e ainda controvertida. Mas de maior importância é registrar que (i) há certo consenso na doutrina nacional e estrangeira em separar a obrigação tributária principal e os deveres instrumentais tributários; e (ii) os deveres instrumentais são reconhecidos em razão do objeto de sua prestação (obrigação de fazer ou não fazer) e de seu aspecto finalístico, consistente em auxiliar a arrecadação e finalização de tributos. Eis os contornos típicos dos deveres instrumentais.

4. Denúncia espontânea no cumprimento dos deveres instrumentais tributários

Há muito, autores de boa nota sugerem a aplicabilidade do instituto da denúncia espontânea aos deveres instrumentais, uma vez que inexiste no CTN qualquer restrição, pelo contrário, a redação de seu artigo 138 sugere, pela utilização da expressão "se for o caso", a plena possibilidade de seu emprego no campo daqueles deveres. Em contrapartida, os Tribunais pátrios, em especial o STJ, têm decidido

ção jurídico-tributária, razão pela qual não há necessidade de limitar-se a escolha do próprio sujeito da obrigação principal para configurar a sujeição passiva dos deveres instrumentais ("A relação jurídica tributária refere-se não só à obrigação tributária *stricto sensu* (obrigação tributária principal), como ao conjunto de deveres instrumentais (positivos ou negativos) que a viabilizam"). Ademais, confirmou que "os deveres instrumentais (obrigações acessórias) são autônomos no tocante à regra matriz de incidência tributária, aos quais devem se submeter, até mesmo, as pessoas físicas ou jurídicas que gozem de imunidade ou outro benefício fiscal, *ex vi* dos artigos 175, parágrafo único, e 194, parágrafo único, do CTN". Cf. STJ, Recurso Especial nº 1.040.578/SP, Primeira Turma, Relator Luiz Fux, j. 16/06/2009, DJe 05/08/2009.

24 Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Obrigação tributária acessória e limites de imposição: razoabilidade e neutralidade concorrencial do Estado. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Teoria geral da obrigação tributária*: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 265.

25 Cf. MACHADO, Hugo de Brito. Algumas questões a respeito da obrigação tributária acessória. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Teoria geral da obrigação tributária*: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 298.

26 Entre os doutrinadores que repudiam a utilização do signo "obrigação acessória", por irremediável imprecisão terminológica, pode-se citar o posicionamento de Paulo de Barros Carvalho, para quem os deveres instrumentais tributários distam de serem liames jurídicos obrigacionais, em razão da ausência de qualquer caráter patrimonial, ou seja, não se pode representar seu objeto por intermédio de expressão financeira alguma. Eis o teor de sua advertência: "Há de mister separar as relações jurídicas na consonância de ser ou não, seu objeto, susceptível de avaliação econômica. Em caso afirmativo, teremos as relações jurídicas de cunho obrigacional; na hipótese contrária, relações jurídicas não-obrigacionais, ou veiculadoras de meros deveres. Surge, assim, a figura da *obrigação*, cujo traço característico é hospedar prestação de natureza patrimonial, na medida em que, sob diversas formas, seja passível de exprimir-se em valores economicamente apreciáveis. No extremo oposto, são conhecidos como relações de índole não-obrigacional, ou de simples deveres, aqueles vínculos jurídicos cujo conteúdo não se possa representar, de alguma maneira, por símbolos ou equações econômicas". Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário*: linguagem e método. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 614.

no sentido de sua inaplicabilidade, entendendo que só haveria espaço para denúncia espontânea nas hipóteses de descumprimento de uma obrigação tributária principal.

Com efeito, em reiterados julgados do STJ, que "as responsabilidades acessórias autônomas, sem qualquer vínculo direto com a existência do fato gerador do tributo, não estão alcançadas pelo art. 138, do CTN". Sustenta-se, em síntese, que a responsabilidade de que trata a denúncia espontânea seria de "pura natureza tributária", razão pela qual não se aplicaria ao descumprimento de normas de caráter administrativo, necessárias para a fiscalização tributária, "sem qualquer laço com os efeitos de qualquer fato gerador [do tributo]".[27]

O raciocínio empregado pelos Ministros do STJ merece ser questionado, pois, ainda que a natureza jurídica dos deveres instrumentais seja de fato a de deveres administrativos, o seu descumprimento gera responsabilidade de "natureza tributária", como dispõe o artigo 113, § 3º, do CTN. Eis o significado da "conversão" em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária, a que alude o citado dispositivo: trata-se da equiparação do regime jurídico das sanções tributárias por inobservância de dever instrumental ao da própria obrigação principal,[28] conferindo-lhe, por ficção,[29] a natureza "tributária" àquelas sanções pecuniárias.

Ademais, o próprio enunciado do artigo 138 do CTN não exige, como pressuposto inafastável para a aplicação da denúncia espontânea, a existência ou recolhimento de um tributo. O legislador utilizou a expressão "se for o caso", pela qual se evidencia que a exigência de pagamento de tributo ocorre somente nos casos em que houver infração a uma prestação cujo objeto seja o pagamento de tributo, e não a todas, indiscriminadamente.

Nesse sentido, sustenta Luís Eduardo Schoueri que a expressão "acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo e dos juros" demonstra que haverá situações abrangidas pela norma em que não haverá pagamento de tributo ou de juros.[30] Posição que também é defendida por Misabel Derzi, para quem equivaleria a modificar indevidamente o teor do artigo 138 do CTN a interpretação de que as multas pelo inadimplemento de deveres instrumentais tributários não estariam abrangidas pela denúncia espontânea, já que o referido dispositivo não abre nenhuma exceção ou mitigações,[31] referindo-se, de forma ampla, à responsabilidade por infrações em geral.[32]

Nesta linha de raciocínio, não seria lícito ao intérprete distinguir aquilo que o legislador não distinguiu,[33] enquanto não houver a instituição de restrição legislativa[34] que vede tal possibilidade.[35] E não há, no dispositivo em questão, qualquer condicionante da aplicação da denúncia espontânea a um "vínculo direto com a existência do fato gerador do tributo",

27 Por todos, cf. STJ, Recurso Especial nº 572.424/PR, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, j. 09/12/2003, DJ 15/03/2004.

28 Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 500-501

29 O termo "ficção", a nosso ver, refere-se à técnica legislativa pela qual se equiparam dois institutos jurídicos apenas para determinados fins ou de modo amplo e irrestrito. Sobre o tema, dentro dessa perspectiva, cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Distribuição disfarçada de lucros*. São Paulo: Dialética, 1996, p. 97-107.

30 Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 863-865.

31 Cf. DERZI, Misabel Abreu Machado. Notas. *In*: BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 769.

32 Cf. ATALIBA, Geraldo. Espontaneidade como excludente de punibilidade no procedimento tributário. *Revista dos Tribunais,* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 464, 1974, p. 67.

33 Cf. COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 688-689.

34 Como recorda Ricardo Mariz de Oliveira, a matéria do artigo 138 do CTN é própria de lei complementar, em virtude do artigo 146, III, da Constituição Federal, pois as penalidades tributárias têm natureza de obrigações tributárias principais, por força do artigo 113 do CTN. Assim, caso se deseje limitar a aplicação da denúncia espontânea, esta somente poderá ser introduzida em nosso ordenamento jurídico por meio de lei complementar. Cf. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Sanções tributárias e denúncia espontânea. *In*: MACHADO, Hugo de Brito. *Sanções administrativas tributárias*. Dialética: Fortaleza, 2004, p. 414.

35 *Ibidem*, p. 411.

como frequentemente se sustenta no STJ. Pelo contrário, o próprio enunciado normativo sugere que o vínculo é prescindível.

Se assim é, por mais que a renúncia a multas fiscais possa gerar significativa diminuição da arrecadação tributária,[36] devem-se respeitar as regras positivadas, representantes de uma tomada de posição do legislador nacional, pela qual se privilegiou a conduta do contribuinte que deseja passar a se conformar com o ordenamento jurídico à simples arrecadação.

Em síntese, não parece haver justificativas para se excluírem os deveres instrumentais do alcance da denúncia espontânea, seja pela natureza do instituto, seja pelo enunciado normativo, seja em decorrência do princípio da isonomia.

Raciocínio que poderia ser oposto ao sustentado até o momento seria o de que a retirada da sanção pelo descumprimento de deveres instrumentais – os quais buscam, justamente, especificar e uniformizar procedimentos fiscais, bem como possibilitar a efetiva fiscalização pela Administração Tributária – equivaleria a colocar o contribuinte numa posição de vantagem em relação ao Fisco, não permitindo o efetivo controle das práticas dos contribuintes, favorecendo o crescimento da evasão fiscal.[37]

Nesse sentido, cite-se a fundamentação do voto do Ministro Luiz Fux no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 884.939/MG, no qual se evidencia clara preocupação com as consequências da inobservância dos deveres instrumentais para o recolhimento dos tributos, já que, se o contribuinte não realizar tais deveres, a Administração Pública não teria meios para verificar a ocorrência do fato jurídico tributário. No entendimento do Ministro, caso fosse aceita a aplicabilidade do artigo 138 do CTN nos casos de sanções pela inobservância de dever instrumental, "estar-se-ia admitindo e incentivando o não-pagamento de tributos no prazo determinado, já que ausente qualquer punição pecuniária para o contribuinte faltoso".[38]

No entanto, o raciocínio empreendido nesse acórdão merece crítica: se a preocupação de ser reconhecida a aplicação da denúncia espontânea no tocante aos deveres instrumentais é o suposto incentivo ao não pagamento de tributos no prazo determinado pela legislação tributária, não se sustenta a diferenciação de tratamentos entre a sanção pela inobservância de deveres instrumentais e aquela instituída pelo descumprimento da obrigação principal, já que, em ambas as situações, a denúncia espontânea poderia atuar (e, aqui, partindo-se do pressuposto de que a premissa adotada pelos Ministros é verdadeira) como um incentivo ao descumprimento das obrigações tributárias no prazo legal, pois em ambos os casos se excluem as penalidades e, em havendo tributo devido, seu pagamento com juros será a medida que se impõe.

Ademais, tal entendimento não parece considerar a natureza da denúncia espontânea, como um "prêmio" concedido ao contribuinte que, em razão de seu arrependimento relativo a infração tributária por ele praticada,[39] espontaneamente procede à retificação de suas ações e, a um só tempo, promove o recolhimento do tributo devido e torna desnecessário o trabalho de fiscalização das autoridades fiscais, diminuindo, portanto, os custos administrativos do sistema tributário.

36 Apenas para exemplificar, em 2013, o valor das multas lavradas pela Receita Federal bateu recorde com o lançamento de R$ 190,2 bilhões em créditos tributários. Cf. MARCHESINI, Lucas. Autuação da Receita bate recorde em 2013 com ajuda do Refis. *Valor Econômico*, 24 jan. 2014. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/3406746/autuacao-da-receita-bate-recorde-em-2013-com-ajuda-do-refis#>. Acesso em: 15 jun. 2016.

37 Sobre a relação entre fiscalização e evasão fiscal, cf. JARAMILLO HERRERA, Christian R. *Presumptive income taxation and costly tax compliance*. Department of Economics, University of Michigan, mar. 2004, p. 4.

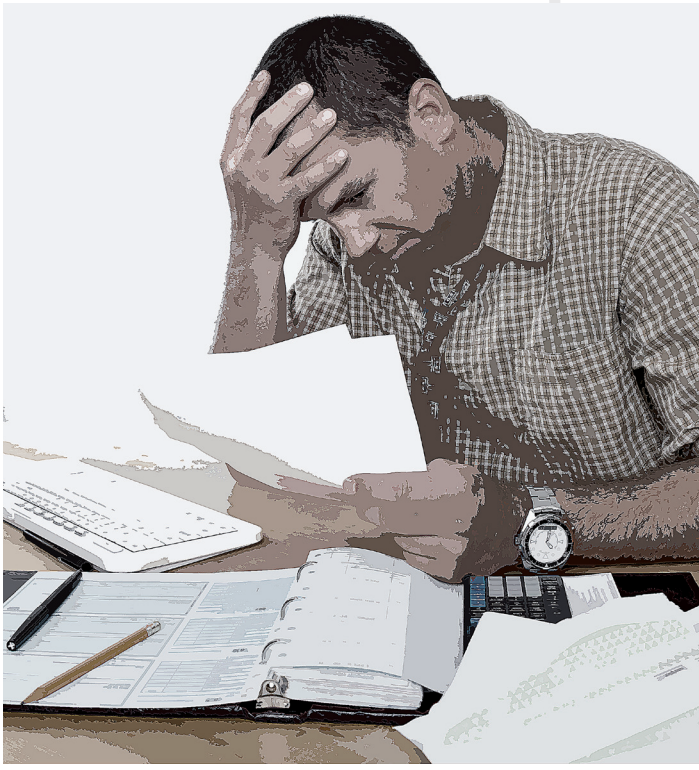
38 Cf. STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 884.939/MG, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. 05/02/2009, DJe 19/02/2009.

39 Cf. AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 478.

De fato, não se incentiva o inadimplemento de tributos, mas incentiva, sim, o arrependimento do contribuinte, com o recolhimento dos respectivos tributos que não foram declarados anteriormente, e a internalização e reparação do valor do bem jurídico tutelado pela norma sancionatória.

Não merece reparos o posicionamento de Paulo Ayres Barreto, para quem o reconhecimento da extensão dos benefícios da denúncia espontânea aos deveres instrumentais coaduna-se com a própria teleologia do instituto, que busca incentivar que contribuintes venham a sanar eventuais vícios incorridos antes que estes possam ser detectados pela fiscalização, promovendo uma verdadeira indução de comportamento do contribuinte "voltado ao efetivo cumprimento da legislação tributária, sob um paradigma de cooperação". Assim, "prestigia-se a efetiva satisfação da finalidade dos deveres instrumentais, sem converter sua aplicação em mero pressuposto de sancionamento vazio".[40]

De outro lado, igualmente questionável, embora por outras razões, é o argumento do Ministro Franciulli Netto, no julgamento do Recurso Especial nº 243.241/RS, em que se negou reconhecer o cabimento do instituto da denúncia espontânea para as sanções decorrentes do descumprimento de dever instrumental, sustentando que "é de fácil inferência que a Fazenda não pode ficar à disposição do contribuinte, não fazendo sentido que a declaração possa ser entregue a qualquer tempo, segundo o arbítrio de cada um".[41] Em outras palavras, o acórdão parte da premissa de que a possibilidade de se "perdoar" as penalidades pelo não cumprimento de deveres instrumentais, somada à não exigência de se pagar o tributo ou outro montante, sobre o qual



incidiria, inclusive, juros e correção monetária, retiraria o caráter de coercibilidade[42] das normas que impõem deveres instrumentais, tornando-as meras recomendações, uma vez que o contribuinte não estaria sujeito a qualquer sanção ou indenização ao não cumprir aqueles deveres.

O argumento, posto que impressiona, não convence. O raciocínio desenvolvido seria admissível igualmente (se não com maior intensidade) à denúncia espontânea em relação às obrigações principais, sem que, por isso, se tenha cogitado em limitar ou cessar o emprego do instituto naquelas hipóteses. Em outras palavras, se a denúncia espontânea, seja em relação ao descumprimento de deveres instrumentais ou da obrigação principal, pode apresentar o referido "desestímulo" à observância da legislação tributária pelo contribuinte – algo que não se pode comprovar –, bem como se não há restrições no dispositivo

40 BARRETO, Paulo Ayres. Denúncia espontânea no cumprimento dos deveres instrumentais tributários. *In*: Raquel Elita Alves Preto (Org.). *Tributação brasileira em evolução:* estudos em homenagem ao Professor Alcides Jorge Costa. São Paulo: Iasp, 2015, p. 636.

41 Cf. STJ, Recurso Especial nº 243.241/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Franciulli Netto, j. 15/06/2000, DJe 21/08/2000.

42 Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária.* 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 33.

legal a ensejar diferenciações a ambas situações, o que justificaria a restrição à aplicação da denúncia espontânea apenas ao não cumprimento de uma obrigação principal?

Ademais, a possibilidade de abusos pelo contribuinte não justifica a redução teleológica da norma jurídica, já que ela somente será permitida nas hipóteses em que a sua interpretação – eminentemente construída a partir da literalidade do dispositivo legal – afrontar a própria finalidade da lei,[43] isto porque a finalidade da norma – promover praticabilidade e eficiência da Administração Tributária, sem uma atuação direta por parte da última – é alcançada tanto nas hipóteses de denúncia espontânea relativa à obrigação principal quanto aos deveres instrumentais.

No caso de obrigação tributária principal, o comportamento do contribuinte garante a arrecadação tributária, sem que o fator tempo distorça o valor real do montante do tributo que teria sido recolhido dentro do prazo, por conta da aplicação de juros e correção monetária; bem como, no caso dos deveres instrumentais, fornecem-se todas as informações tributárias necessárias para o conhecimento do fato jurídico tributário pela Administração Tributária, sem o início de um procedimento fiscal em face do contribuinte. Nessas hipóteses, vê-se que o objetivo da fiscalização tributária é alcançado independentemente de qualquer atuação da autoridade fiscal, sem nenhum custo administrativo.

Mesmo assumindo que o instituto da denúncia espontânea seja prejudicial ao sistema tributário, de um ponto de vista holístico, reconhecendo a premissa de que ela premia e incentiva o descumprimento das condutas exigidas pela Administração Tributária e impõem óbices ao exercício de sua atividade, por gerar a escassez de informações necessárias, é certo que ponderações sobre a sua pertinência no ordenamento jurídico são considerações políticas, pré-legislativas, que devem ser discutidas no âmbito do Poder Legislativo.[44]

Portanto, a partir do momento em que o artigo 138 do CTN foi positivado, sem fazer qualquer distinção em relação ao tipo de conduta ao qual se aplica nem avaliar as razões subjetivas do contribuinte ao realizar a infração tributária, não cabe ao Poder Judiciário, constatando a espontaneidade do contribuinte, invalidar a denúncia espontânea sob tais fundamentos. A nosso ver, se a norma positivada abre espaços para abusos (o que deve ser cabalmente demonstrado), cabe exclusivamente ao legislador atuar positivamente na criação de limites e critérios para sua observância.

Ademais, merece destaque que o entendimento do STJ – no sentido da inaplicabilidade da denúncia espontânea aos casos de descumprimento de deveres instrumentais – não apenas vai de encontro com o conteúdo semântico da regra do artigo 138 do CTN, como também não se justifica sob uma perspectiva lógica conferir tratamento mais benéfico à infração da obrigação principal (mais grave) do que à infração do meio previsto para assegurá-la (mais leve), permitindo-se a aplicação da denúncia espontânea apenas à primeira.[45]

Finalmente, a postura adotada pelo STJ não se amolda a um sistema jurídico que, conferindo peso ao princípio da isonomia, exige a execução coerente das normas jurídicas que o compõem, de acordo com os diversos princípios positivados.[46] De fato, não é possível identificar um fator de discriminação a

43 Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 555-564.

44 Cf. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Sanções tributárias e denúncia espontânea. *In*: MACHADO, Hugo de Brito. *Sanções administrativas tributárias*. Dialética: Fortaleza, 2004, p. 418-419.

45 Cf. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Sanções tributárias e denúncia espontânea. *In*: MACHADO, Hugo de Brito. *Sanções administrativas tributárias*. Dialética: Fortaleza, 2004, p. 411.

46 Cf. TIPKE, Klaus. Princípio da igualdade e idéia de sistema no direito tributário. *In*: MACHADO, Brandão (Coord.). *Direito tributário*: estudos em homenagem ao prof. Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 517-520.

justificar a aplicação da denúncia espontânea ao não cumprimento de obrigações principais, mas não à inobservância de deveres instrumentais tributários. Se, como foi visto, o texto legal não autoriza a distinção entre obrigações principais e deveres instrumentais no que tange ao instituto, cabe investigar se haveria outra razão no ordenamento jurídico que a permitiria.

Entretanto, não parece haver no direito posto qualquer justificativa para que se proceda à referida distinção. De um lado, a diferenciação não se mostra adequada para realizar qualquer valor ou princípio constitucional. Nem se diga que preserva a legalidade ou a segurança jurídica, pois tal interpretação verdadeiramente ultrapassa os limites semânticos decorrentes do próprio texto legal.

De outro, sendo a função do instituto atuar como um incentivo ao cumprimento da legislação tributária, por intermédio da concessão de benefício ao contribuinte por sua atitude espontânea, fazendo desnecessária a fiscalização pelas autoridades fiscais e, ao mesmo tempo, garantindo a arrecadação tributária daquilo que, de outro modo, não teria sido recolhido,[47] fomentando a praticabilidade e a eficiência da Administração (atinge-se o interesse da arrecadação e da fiscalização tributária sem qualquer atuação estatal direta), é de se convir que a denúncia espontânea alcança a sua finalidade em ambos os casos, com a mesma eficiência. Portanto, sob a ótica do princípio da isonomia, falta fundamentação para a discriminação realizada pela construção da norma pelo STJ.

Há de se notar que, curiosamente, os Ministros não se atentaram para o indesejado efeito indutor que norma por eles construída poderia implicar. Fosse a denúncia espontânea inaplicável às hipóteses em que houver descumprimento de deveres instrumentais, ter-se-ia um desincentivo à regularização do contribuinte, já que ele, caso verifique não ter atendido devidamente as exigências da legislação tributária, não poderá acatá-las corretamente sem que lhe sejam impostas pesadas multas. Incentiva-se, destarte, que o contribuinte se mantenha inerte e inadimplente, inclusive do cumprimento de obrigações tributárias principais que poderiam denunciar a inobservância daqueles deveres.

Em outras palavras, no lugar de reduzir os custos administrativos e poupar trabalho das autoridades fiscais, construir restritivamente a norma do artigo 138 do CTN, restringindo seu escopo às obrigações principais, atenta contra a própria finalidade da denúncia espontânea.

É de se reconhecer, pois, a plena aderência do instituto da denúncia espontânea ao descumprimento de deveres instrumentais. Entender diferentemente equivaleria a afirmar que os contribuintes não têm o direito de errar ou, sequer, de divergir da interpretação da legislação tributária pela Administração Fazendária ou, ainda, incentiva que o contribuinte se mantenha em inadimplência com suas obrigações tributárias, pelo temor à imposição de pesadas multas.[48]

5. O posicionamento do STJ e a busca de coerência na aplicação do Direito

Embora a coerência do sistema seja um ideal a ser perseguido, para a implementação

47 Cf. ATALIBA, Geraldo. Espontaneidade como excludente de punibilidade no procedimento tributário. *Revista dos Tribunais,* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 464, 1974, p. 55-67.

48 A legislação do ICMS é pródiga no que se refere à imposição de pesadas sanções tributárias pelo descumprimento de deveres instrumentais. Cite-se, exemplificativamente, a multa prevista no artigo 527, VIII, "a", do RICMS/SP, pelo uso de sistema eletrônico de processamento de dados para emissão de documento fiscal ou escrituração de livro fiscal, sem prévia autorização do fisco, no montante equivalente a "2% (dois por cento) do valor das operações ou prestações do período, se não atendidas as especificações da legislação para uso do sistema, ou equivalente a 0,5% (cinco décimos por cento), se atendidas, nunca inferior, em qualquer hipótese, a 100 (cem) UFESPs". O valor da UFESP, em 2018, corresponde a R$ 25,70.

do princípio da isonomia também na aplicação da lei,[49] nem sempre as normas positivadas no sistema permitirão que seja alcançada uma plena coerência. Nessas situações, caberá ao intérprete buscar as soluções oferecidas pelas regras estruturais do sistema para que a incoerência não leve à sua ruptura.

O mesmo esforço impõe-se nas hipóteses em que as normas construídas e inseridas em nosso sistema pelos intérpretes autênticos – para referir à terminologia de Hans Kelsen – causem, em alguma medida, incoerência sistêmica, como ocorre neste tema. Isto é, não obstante as críticas que se fez à tomada de posição pelo STJ, ao reduzir o âmbito de aplicação da denúncia espontânea somente às obrigações tributárias principais,[50] deve o operador do direito reconhecer a força dessa jurisprudência e buscar uma solução para que, caso prevaleça tal entendimento (incluindo sua posterior normatização em caráter geral e abstrato por meio, por exemplo, de edição de súmula), se reduzam as distorções causadas ao sistema.

Nesse intento, assumindo correta a jurisprudência do STJ, imprescindível observar que não é automática a inaplicabilidade do instituto da denúncia espontânea para todo e qualquer dever instrumental e tampouco a qualquer equívoco realizado pelo contribuinte. De fato, uma análise acurada dos acórdãos daquela Corte indica que tal entendimento surgiu a partir de um contexto específico, a saber, o descumprimento de deveres instrumentais que são indispensáveis para o conhecimento dos elementos informadores da regra-matriz de incidência tributária, como, exemplificativamente, a entrega atrasada da Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ)[51] ou da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF).[52]

Como se vê, os precedentes não podem ser entendidos fora de seu próprio contexto: os Ministros da Corte Superior apenas se debruçaram sobre a aplicabilidade da denúncia espontânea ao descumprimento daqueles deveres instrumentais necessários, para que se leve à autoridade fiscal o conhecimento dos elementos conformadores do fato jurídico tributário e que, portanto, atendem preponderantemente ao interesse da arrecadação tributária.[53] Com efeito, somente em relação a esses deveres é que faz sentido a preocupação manifesta dos Ministros quanto aos prejuízos à arrecadação tributária e o receio de o contribuinte pagar o tributo "segundo o seu arbítrio" e deixar a Fazenda Pública "à disposição do contribuinte".[54]

Importante salientar que os deveres instrumentais não vinculados a uma obrigação principal não foram objeto de consideração nessas decisões, razão pela qual não é possível estender seus fundamentos a esses casos.[55] Logo, não é possível estender esse raciocínio à inobservância parcial de deveres instrumentais, isto é, o preenchimento incorreto ou incompleto de declarações ou escriturações,

49 Sobre o assunto, cf. TIPKE, Klaus. A necessidade de igualdade na execução das leis tributárias. *In*: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *Direito tributário*: estudos em homenagem a Alcides Jorge Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 362-373.

50 Por todos, cf. STJ, Recurso Especial nº 1.129.202/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, j. 17/06/2010, DJ 29/06/2010.

51 Por todos, cf. STJ, Recurso Especial nº 208.097/PR, Segunda Turma, Relator Ministro Hélio Mosimann, j. 08/06/1999, DJ 01/07/1999.

52 Por todos, cf. STJ, Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 885.259/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, j. 27/02/2007, DJ 12/04/2007.

53 Sobre a possibilidade de se identificar a preponderância do interesse da arrecadação ou do interesse da fiscalização em cada dever instrumental em concreto, cf. TAKANO, Caio Augusto. *Deveres instrumentais dos contribuintes*: fundamentos e limites. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 221-229.

54 Nesse sentido, o voto do Ministro Franciulli Netto. Cf. STJ, Recurso Especial nº 243.241/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Franciulli Netto, j. 15/06/2000, DJe 21/08/2000.

55 BARRETO, Paulo Ayres. Denúncia espontânea no cumprimento dos deveres instrumentais tributários. *In*: Raquel Elita Alves Preto (Org.). *Tributação brasileira em evolução:* estudos em homenagem ao Professor Alcides Jorge Costa. São Paulo: Iasp, 2015, p. 641.

ou mesmo para o caso de inexecução de deveres instrumentais voltados eminentemente ao interesse da fiscalização tributária.

No primeiro caso, não é possível se afirmar que todos os erros ou omissões no cumprimento dos deveres instrumentais possam, efetivamente, colocar o Fisco "à disposição do contribuinte". Basta verificar que algumas informações constantes no preenchimento de um documento fiscal podem ter menor relevância ou até mesmo ser irrelevantes para a configuração do fato jurídico tributário e o seu conhecimento pelas autoridades fiscais no caso concreto. Imagine-se, por exemplo, no que se refere ao preenchimento de uma nota fiscal, correções ou adições de informações relativas à descrição dos itens; ao NCM preenchido, se a descrição do produto estiver correta e houver o recolhimento do tributo; a informações sobre o destinatário da mercadoria, quando este não for relevante para o tratamento tributário da operação (como a isenção condicionada à destinação das mercadorias prevista no Convênio ICMS nº 65/1988 que isenta as vendas de mercadorias de origem nacional destinadas à Zona Franca de Manaus); entre outros.

O mesmo se dá em relação aos deveres instrumentais que visam promover preponderantemente o interesse da fiscalização, já que a sua escrituração ou correção antes de um ato de fiscalização pela autoridade administrativa acaba por impedir que o "interesse da fiscalização dos tributos" seja efetivamente lesionado pela conduta do contribuinte, principalmente ao se constatar que, por força do artigo 138 do CTN, somente se poderá cogitar na denúncia espontânea anteriormente a um ato de fiscalização da autoridade fiscal, ou seja, antes que as informações fornecidas pelo contribuinte tivessem a oportunidade de serem utilizadas. De maneira nenhuma, pois, coloca o Fisco à mercê do contribuinte.

Nesse caso, em nada irá diferir, quando da efetiva fiscalização, se o livro foi escriturado há um ano ou se há cinco minutos do início da fiscalização: a eficiência da auditoria fiscal será rigorosamente a mesma. Ao revés, o que alteraria a eficiência da fiscalização seria justamente impedir ou desestimular aquele que cometeu um erro ao preencher seus livros fiscais de poder corrigi-los, ou aquele que não escriturou livros não o possa mais fazer, impedindo que o agente fiscal tenha acesso a documentos fidedignos e precisos que o auxiliem em seu mister fiscalizatório, quando efetivamente se realizar um ato de fiscalização.

Assim, mesmo que se reconheça a força dos precedentes do STJ e a sua legitimidade enquanto norma construída pelo intérprete autêntico, dentro do sistema dos participantes – para nos valermos da terminologia de Hart[56] – a vedação à aplicação da denúncia espontânea ao descumprimento de deveres instrumentais somente se justificará nos específicos casos em que os referidos precedentes foram formados, não devendo se estender às situações em que são inaplicáveis os fundamentos utilizados naqueles julgados, como é o caso de complemento ou correção de informações constantes em deveres instrumentais já cumpridos e que não comprometem o conhecimento do fato jurídico tributário pela Administração Pública, ou da inobservância de deveres instrumentais voltados eminentemente ao interesse da fiscalização dos tributos.

6. Conclusão: o que cabe ao intérprete do Direito fazer?

O instituto da denúncia espontânea guarda plena aderência com os casos em que há descumprimento de deveres instrumentais, seja pela natureza do instituto, seja pelo enunciado normativo do artigo 138 do CTN, que em nenhum momento restringe seu escopo normativo a situações envolvendo obrigações principais, mas, pelo contrário,

56 Cf. HART, H.L.A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 115-118.

faz uma ressalva de que nem sempre haverá um valor a ser pago para reparar do dano; ou, ainda, em decorrência do princípio da isonomia, tratando-se desigualmente aquele contribuinte que legitimamente erra ao cumprir a legislação tributária, mas se antecipa ao Fisco para corrigir seu erro e aquele outro que – intencionalmente ou não – deixa de cumprir com suas obrigações fiscais e nada faz, buscando beneficiar-se de uma possível decadência do crédito tributário e de sua respectiva penalidade pecuniária.

Mesmo que se reconheça a força dos precedentes do STJ e a sua legitimidade, enquanto norma construída pelo intérprete autêntico, a vedação à aplicação da denúncia espontânea nas hipóteses de inobservância de deveres instrumentais somente é cabível nos específicos casos em que os referidos precedentes foram formados: os Ministros da Corte Superior apenas se debruçaram sobre a aderência do instituto da denúncia espontânea aos casos de descumprimento daqueles deveres instrumentais necessários para que se leve à autoridade fiscal o conhecimento dos elementos conformadores do fato jurídico tributário e que, portanto, atendem preponderantemente ao interesse da arrecadação tributária.

Se assim é, indispensável ao intérprete do Direito, principalmente os intérpretes autênticos no âmbito do Poder Judiciário, mas também do Poder Executivo (tribunais administrativos), não apenas refletir sobre a real extensão que o comando do artigo 138 do CTN possui, pela qual se afasta normativamente o mito da incompatibilidade da denúncia espontânea com os casos de descumprimento de deveres instrumentais, bem como é imperioso que os aplicadores do Direito façam a distinção em relação aos elementos fáticos dos precedentes do STJ neste tema, empregando-se seus fundamentos apenas nos casos em que a denúncia espontânea se referir a deveres instrumentais imprescindíveis e intrinsicamente ligados ao conhecimento pela autoridade fiscal dos elementos conformadores do fato jurídico tributário.

Assegurar ao contribuinte o seu direito de errar e de reparar o dano causado, longe de conferir um favor a um infrator, trata-se de consagrar o instituto da denúncia espontânea em sua exata dimensão.

Referências

ALVARENGA, Darlan. Empresas gastam 1.958 horas e R$ 60 bilhões por ano para vencer burocracia tributária, apontam pesquisas. *G1*, 20 nov. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/empresas-gastam-1958-horas-e-r-60-bilhoes-por-ano-para-vencer-burocracia-tributaria-apontam-pesquisas.ghtml>. Acesso em: 29 ago. 2018.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ATALIBA, Geraldo. *Elementos de direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

_____ . Espontaneidade como excludente de punibilidade no procedimento tributário. *Revista dos Tribunais,* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 464, 1974.

BARRETO, Paulo Ayres. Denúncia espontânea no cumprimento dos deveres instrumentais tributários. *In*: Raquel Elita Alves Preto (Org.). *Tributação brasileira em evolução:* estudos em homenagem ao Professor Alcides Jorge Costa. São Paulo: Iasp, 2015.

BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária* (uma introdução metodológica). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____ . *Direito tributário*: linguagem e método. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

_____ . *Teoria da norma tributária*. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Notas. *In*: BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 1991, p. 105-130.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Obrigação tributária acessória e limites de imposição: razoabilidade e neutralidade concorrencial do Estado. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Teoria geral da obrigação tributária*: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERREIRO LAPATZA, José Juan. La privatización de la gestión tributaria y las nuevas competencias de los Tribunales Económico-Administrativos. *Revista Española de Derecho Financiero*, Madrid: Civitas, n. 37, 1983.

GIULIANI FONROLIGE, C. M. *Conceitos de direito tributário*. Tradução de Geraldo Ataliba e Marco Aurélio Greco. São Paulo: Lael, 1973.

HART, H.L.A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

JARAMILLO HERRERA, Christian R. *Presumptive income taxation and costly tax compliance*. Department of Economics, University of Michigan, mar. 2004.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. Algumas questões a respeito da obrigação tributária acessória. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Teoria geral da obrigação tributária*: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARCHESINI, Lucas. Autuação da Receita bate recorde em 2013 com ajuda do REFIS. *Valor Econômico*, 24 jan. 2014. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/3406746/autuacao-da-receita-bate-recorde-em-2013-com-ajuda-do-refis#>. Acesso em: 15 jun. 2016.

MARTINEZ, Soares. *Direito fiscal*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

NABAIS, José Casalta. Alguns desafios actuais da tributação. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, n. 82, 2001.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Sanções tributárias e denúncia espontânea. *In*: MACHADO, Hugo de Brito. *Sanções administrativas tributárias*. Dialética: Fortaleza, 2004.

PEREZ DE AYALA, Jose Luis. *Derecho tributario*. Madrid: Editorial de Derecho Financeiro, 1968.

POSADAS-BELGRANO, G. A. *Derecho tributario*: un estudio sobre las relaciones jurídicas de impuesto. Montevideo: Editorial Medina, 1959.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____ . *Distribuição disfarçada de lucros*. São Paulo: Dialética, 1996.

_____ . Globalização, investimentos e tributação: desafios da concorrência internacional ao sistema tributário brasileiro. *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, Rio de Janeiro: FUNCEX, n. 113, 2012.

TAKANO, Caio Augusto. *Deveres instrumentais dos contribuintes*: fundamentos e limites. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

_____ . Os limites impositivos aos deveres instrumentais tributários. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo: Dialética, n. 27, 2012.

TIPKE, Klaus. A necessidade de igualdade na execução das leis tributárias. *In*: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *Direito tributário*: estudos em homenagem a Alcides Jorge Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

_____ . Princípio da igualdade e idéia de sistema no direito tributário. *In*: MACHADO, Brandão (Coord.). *Direito tributário*: estudos em homenagem ao prof. Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo: Saraiva, 1984.

Soberania e corrupção no poder

Eliana Borges de Mello Marcelo
Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Paraíba (1980). Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade de Sorocaba (1999). Especialização em Direito Constitucional pela Universidade de Direito de Sorocaba (2005). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2016). Doutoranda pela Universidade Autónoma de Lisboa "Luís de Camões" - UAL. Atualmente é Magistrada da Justiça Federal de Primeiro Grau em Sorocaba/São Paulo.

RESUMO: Neste trabalho procuramos a partir do conceito de soberania estabelecer suas causas e efeitos, dentre os quais os sociais, os econômicos, os morais e os políticos. Na complexa guerra contra a corrupção há alguns combatentes, como o Estado de Direito, representado pelas leis pátrias (Lei de Improbidade Administrativa, Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, Lei Anticorrupção e Lei da Ficha Limpa), convenções internacionais (Convenção Interamericana contra a Corrupção – OEA/1996, Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – ONU/2003, Convenção sobre o combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais – OCDE/1997) e órgãos governamentais extremamente importantes no sistema constitucional anticorrupção brasileiro, como o Ministério Público, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a Polícia Federal. No poder, o governante deve se pautar por uma conduta ética, refletindo sempre a vontade popular, diante dos interesses que gestiona. O povo, outorgante da soberania a determinado governante, sendo esta uma diretriz político-governamental no Estado Democrático de Direito, não pode aceitar práticas com desvios de finalidade, tampouco regramentos que adequem a política de governo e que levem à corrupção, ainda que por terceiras pessoas. Medidas anticorrupção são necessárias, pois limitam o poder arbitrário do governante e destinam-se à satisfação do interesse público. Contudo, isso não se mostra eficiente, sendo indispensável a liberdade de expressão e uma imprensa livre, que só regimes democráticos podem propiciar. O combate à corrupção deve ser diuturno, para que a impunidade não seja facilitadora do avanço da corrupção no seio social e, assim, possamos ter saúde e educação dignas, bem como a melhoria do índice de desenvolvimento humano.

PALAVRAS-CHAVE: Soberania. Corrupção. Constitucionalismo. Poder. Detentor. Anticorrupção.

ABSTRACT: In this work we seek from the concept of sovereignty to establish its causes and effects, among which are social, economic, moral and political. In the complex war against corruption there are some combatants, such as the rule of law, represented by the country's laws (Administrative Improbity Law, Public Administration Contracts and Law, Anticorruption Law and Clean Registry Act) and international conventions (Inter-American Convention against Corruption – OAS/1996, United Nations Convention against Corruption – UN/2003, Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions – OECD/1997) and constitutional anticorruption, such as the Public Prosecutor's Office, Administrative Council for Economic Defense and the Federal Police. In power the ruler must be guided by an ethical conduct, always reflecting the popular will, in the face of the interests that he manages. The people granting sovereignty to a certain ruler, being a political-governmental directive in the Democratic State of Right, can not accept practices with deviations from purpose, nor rules that fit the politics of government and that lead to corruption, although by third parties. Anticorruption measures are necessary because they limit the arbitrary power of the ruler and are intended to satisfy the public interest. However, this is not efficient, and freedom of expression and a free press are indispensable, which only democratic regimes can foster. The fight against corruption must be diuturnal so that impunity does not facilitate the advance of corruption in the social sphere and thus we can have decent health and education, as well as the improvement of the human development index.

KEYWORDS: Sovereignty. Corruption. Constitutionalism. Power. Holder. Anticorruption.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Origem e evolução da soberania. 3. A influência do constitucionalismo na soberania. 3.1. Constitucionalismo inglês. 3.2. Constitucionalismo norte-americano. 3.3. Constitucionalismo francês. 4. Entendendo a corrupção no contexto do Estado soberano e do governante na administração pública. 4.1. O que vem a ser corrupção? 4.2. Causa de corrupção. 4.3. Efeitos da corrupção. 4.3.1. Efeitos sociais. 4.3.2. Efeitos econômicos. 4.3.3. Efeitos morais. 4.3.4. Efeitos políticos. 5. Alguns combatentes da guerra contra a corrupção. 6. Soberania e corrupção – a figura do detentor do poder sufragado pelo povo. 7. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

Este trabalho tem como escopo adentrar, ainda que superficialmente, a emaranhada trama em que se constitui o flagelo da corrupção, aferindo alguns instrumentos legais utilizados para combatê-lo, bem como mecanismos que são ou poderiam ser aplicados para sua prevenção dentro de um sistema democrático, onde a soberania estatal é atribuída aos governantes, através da Constituição e, paralelamente, analisar alguns meandros de interligação entre o poder estatal "soberano" com sua extensão à máquina funcional pública.

Para isso, convém lembrar o conceito de Estado, no qual a soberania se insere, já que ele também evoluiu ao longo da História da civilização. O Estado se constitui basicamente de um povo, de um governo e de um território dentro do qual, predominantemente, comandantes e comandados trabalham para o bem-estar e o desenvolvimento desse povo. O exercício da soberania interna pelo Estado já não tem mais o antigo sentido de poder absoluto, mas sim, aquele de cumprimento das normas jurídicas onde a Constituição, pode-se dizer, é que reina absoluta.

O Estado, gestor da soberania, é reconhecidamente um mau administrador e permite, propositadamente ou não, a inserção de práticas corruptas na sua forma de administrar. Apenas para justificar esta afirmação

há o exemplo, facilmente observável no Brasil, de como é a qualidade muitíssimo inferior de uma rodovia gerida diretamente pelo Estado em comparação com outra operada por concessão a empresa privada. Seriam lacunas no sistema normativo que levariam a práticas corruptas como a confirmar que a "ocasião faz o ladrão"? Há conflitos de interesses envolvidos entre administradores e atividade privada que colocam em risco a credibilidade e a legitimidade dos atos governamentais com reflexos ou não na soberania?

Levando em conta a inexorável tendência à globalização, paralelamente à soberania interna, crescem em importância as relações internacionais e, como consequência, o que se costuma chamar soberania externa. A ligeira abordagem que aqui se fará tentará decifrar as inter-relações entre a corrupção e ambas as formas de soberania, assim como se discutirão, no andamento deste trabalho, as principais questões colocadas.

2. Origem e evolução da soberania

Num Estado constitucional a soberania provém da vontade do povo, que é, portanto, seu titular. Porém até chegar-se a esse marco a História se incumbiu de moldar os contornos da soberania sob as óticas interna e externa do Estado, optando cada Estado soberano pela melhor forma de agir para a defesa de seus interesses. Esse caminho histórico merece ser percorrido, ainda que rápida e resumidamente, a fim de se poder avaliar a grande transformação evolutiva por que passou o sentido de soberania ao longo das últimas centenas de anos.

A soberania surgiu em consonância ao poder de monarcas absolutos. Nos séculos XV e XVI, Maquiavel e Bodin já consideravam a sociedade política com poder independente do poder religioso e do poder econômico. Maquiavel (1469-1527),[1] introduziu a ideia de principado (monárquico, aristocrático ou democrático) e inaugurou, assim, a teoria moderna da lógica do poder. Seu príncipe, um governante altamente virtuoso, deveria impor sua vontade e respeito a si "mesmo que para isso deva usar a violência, a mentira, a astúcia e a força".[2] Jean Bodin (1530-1596),[3] jurista e professor francês, prosseguindo na linha de Maquiavel, publicou a obra "Os seis livros da república", em 1576, e é "aquele que primeiro afirmou a soberania como atributo conceitual do Estado".[4]

Porém, foi Francisco de Vitória (1480-1546),[5] um frade dominicano, com ideias muito avançadas e modernas para sua época, quem lançou as bases do conceito de soberania tanto na dimensão interna quanto na externa, sendo esta a primeira que surgiu, como forma de justificar as conquistas de terras no "Novo Mundo". Ele é considerado por muitos críticos historiográficos como o principal fundador do direito internacional.[6] Em linhas gerais o trabalho de Francisco de Vitória consistia de três teses básicas:

1) a sociedade natural de Estados Soberanos compondo a ordem mundial;

2) povos e Estados possuindo direitos naturais; e

3) a "guerra justa" – sanção jurídica justificada pelas ofensas sofridas.

O *communitas orbis*, fruto de sua primeira tese, anunciava "Estados soberanos, igualmente livres e independentes, sujeitos externamente a um mesmo direito das gentes e internamente às leis constitucionais que eles mesmos se deram"[7] e que a autoridade do

1 CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2012, p. 457.

2 *Ibidem*, p. 460.

3 *Ibidem*, p. 462.

4 HELLER, Hermann. *La sovranità*. Trad. Pasquale Pasquini. Milão: Giufré, 1987, p. 71. Tradução nossa do italiano: "Bodin è pertanto colui che per primo ha affermato la sovranità come attributo concettuale dello Stato".

5 LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. Lições introdutórias. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 170.

6 BELLAMY, Alex J. *Guerras justas, de Cicerón a Iraq*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômica, 2009, p. 93.

7 Segundo Ferrajoli, *Communitas orbis* (*Comunidade do*

soberano era concebida para o bem da República e as leis deveriam ser "promulgadas não em vista de alguma vantagem particular, mas sim em prol do bem comum dos cidadãos".[8]

A segunda tese relaciona-se à soberania externa e constitui direitos naturais dos povos (*ius gentium*) que extrapolariam as fronteiras dos Estados. Em suma, esses direitos seriam os seguintes: a) de se comunicar (*ius communicationis*); b) de viajar (*ius peregrinandi*) ou de permanecer (*ius degendi*); c) de comércio (*ius commercii*); d) de ocupação (*ius occupationis*) e exploração de terras incultas; e) de migrar (*ius migrandi*) ao Novo Mundo; f) de anunciar e pregar o evangelho (*ius praedicandi et annuntiandi Evangelium*); g) de censurar os bárbaros (índios) não convertidos (*correctio fraterna*); h) de proteger os convertidos; e i) de usar a força, a guerra, em caso de insucesso na conversão dos índios.[9]

A terceira concepção jurídica de Vitória tratava de justificar as conquistas de novas terras, mesmo que através de "guerras justas", aquela relacionada a injúria motivada por reação aos direitos das gentes. Estava aí delineado o direito à guerra (*ius ad bellum*), tornando-a lícita aos seus propósitos quando necessário fosse, assegurando que os Estados pudessem lançar mão de guerras licitamente, como único meio de imposição ao direito das "gentes".[10] Paralelamente, Vitória introduziu o *ius in bello,* ou seja, tratamento humano aos que não participavam da guerra e também aos derrotados. Essa legitimação da guerra fez com que a soberania externa se desenvolvesse ao mesmo tempo em que se reduziu a força das guerras civis.

Entretanto, as ideias de Vitória sobre a convivência mundial por intermédio da doutrina normativa baseada no direito talvez estivessem muito além do seu tempo, era e ainda são, até certo ponto utópicas, em vista da assimetria de poder entre Estados, o que compromete a efetividade da igualdade das soberanias e mesmo do direito da guerra justa como sanção. Em contraste com o direito, as desigualdades de forças em favor dos mais poderosos poderiam levar a catástrofes de guerras quase incontroláveis, como de fato mais tarde ocorreram.

Nesse ponto da História, já no século XVII, a soberania se transforma em poder absoluto, após a Guerra dos Trinta Anos e a respectiva Paz de Vestfália, em 1648.[11] Surgem, então, os Estados europeus, agora com a soberania assumindo seu sentido dogmático absolutista, sem limites. Dentre os estudiosos da época vale ressaltar Hobbes (1588-1679)[12] com sua teoria do estado da natureza no qual "prevalece a guerra de todos contra todos" e a "luta entre fracos e fortes, vigorando o poder da força ou a vontade do mais forte",[13] alicerçando as modernas teorias jurídica e política.

Ainda conservando o espírito hobbesiano, guerreiro e opressor, Jean Jacques Rousseau (1712-1778),[14] filósofo e escritor francês,

mundo) foi interpretado de formas diversas em relação à abrangência dessa comunidade universal; ela incluiria todas as sociedades organizadas de seres humanos, como índios, do Novo Mundo, com mesmos direitos das comunidades do Velho Mundo ou apenas à sociedade espanhola ou apenas os cristãos? (FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 73-74)

8 *Ibidem*, p. 8.

9 Para Ferrajoli, "si, omnis tentatis, Hispani non possunt consegui securitatem cum barbaris, nisi occupando civitates et subiciendo tilos, licite possunt hoc etiam facere. Probatur, guia finis belli est pax et securitas (caso, tentadas todas as vias, os espanhóis não possam conseguir segurança junto aos bárbaros, a não ser ocupando suas cidades e subjugando-os, eles têm o direito de fazê-lo também, o que é aceito, pois o objetivo da guerra é a paz e a segurança)". (*Ibidem*, p. 12)

10 Segundo Ferrajoli, a partir de então, surgiu a configuração jurídica da guerra dentro do direito internacional, que permaneceu, com pequenas alterações, até o século XX, com a intervenção de Kelsen. (*Ibidem*, p. 13)

11 Ferrajoli afirma que a Paz de Vestfália pôs fim à Guerra dos Trinta Anos, fazendo surgir a estrutura da comunidade internacional, permanecendo dessa forma por três séculos, até o nascimento da ONU, em 1945. (*Ibidem*, p. 17)

12 MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. Leituras escolhidas em Direito. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 102

13 CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2012, p. 464.

14 MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. Leituras escolhidas em Direito. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 211.

lança as bases teóricas de propriedade privada, criando raízes para o desenvolvimento do estado de sociedade em substituição ao estado da natureza.

A Revolução Francesa, em 1789, constitui-se num marco histórico em relação à evolução da soberania dos Estados. Até aí prevalecia a sociedade selvagem de Estado, com soberania tradicional absoluta, internamente adotando o lema do aqui quem manda sou eu e, para isso, colocando a defesa do território como prioridade e, em relação à soberania externa, considerando a conquista pela força de tudo que lhe era possível e de interesse ou desejo.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ao lado do surgimento das Constituições dos Estados Europeus, pregando princípios, direitos fundamentais e a divisão de poderes, decretou o enfraquecimento da soberania interna. Os poderes

públicos passam, internamente, de caráter absoluto a caráter funcional, regulados pelas leis, consolidando-se o Estado de Direito. Situação diametralmente oposta ocorre, então, com a soberania externa dos Estados que passa a crescer de uma forma desenfreada, alimentada por anseios expansionistas e de dominação, totalmente laicos, diferentemente do ocorrido na era medieval, porém revestidos de extremo sentido nacionalista e político-ideológico. Cada Estado se estabiliza internamente através de sistema jurídico próprio e independente, porém passa a ver competidores ou perigos além de suas fronteiras.

O crescimento da soberania externa ocorreu desde a sua "invenção" na época dos descobrimentos, perdurando cerca de cinco séculos, atingindo um auge insuportável e catastrófico com as duas grandes guerras do século XX. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, a paz consolidada pela Carta da ONU, de 26 de junho de 1945, em São Francisco, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas, em dezembro de 1948, a soberania externa perde força, considerando cada Estado individualmente. O comportamento global dos Estados passa a prevalecer, através de normas supranacionais, a que todos os membros da ONU devem aquiescer. É o direito internacional que adquire um novo sentido e intenciona ser coercitivo em relação a impor forças a delinear comportamentos estatais direcionados à paz e aos direitos humanos.

Não se pode imaginar que a ONU e seus organismos tenham sido a solução para todos os problemas do mundo, por motivos vários como a assimetria de forças e nível de desenvolvimento entre os Estados que a compõem, pelas diferentes filosofias (princípios) de muitos deles, gerando resistência a ações específicas, fruto de suas soberanias internas e pela falta de efetivo poder coercitivo. Apesar disso, é inegável a existência em seu bojo de mecanismos que são inspiração paradigmática para a paz e os direitos humanos e muitas

decisões, formulações, referências jurídicas internas são baseadas em tais preceitos.

3. A influência do constitucionalismo na soberania

Em breves linhas, é importante traçar noções de constitucionalismo relacionando-o com a soberania, pois segundo Canotilho "é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade".[15] O constitucionalismo se considera aqui, denominado constitucionalismo moderno, desenvolveu-se ao longo da História, desde os fins da Idade Média até o século XVIII, sucedendo ao constitucionalismo antigo, alicerçado em direitos estamentais perante o monarca. Destacaram-se o constitucionalismo inglês, o americano e o francês, como marcos para uma nova forma de domínio político.

Atualmente, quando se fala em Constituição, o sentido que daí decorre é o de um documento escrito, com participação popular e com delimitação de poderes, mas, além disso, ele pode conter dados culturais construídos a partir de elementos históricos que preservamos, como, por exemplo, no Brasil, o direito dos indígenas, com garantias individuais ou coletivas, diferentemente da Antiguidade em que as leis dos senhores eram acima das demais.

3.1 Constitucionalismo inglês

No absolutismo da Idade Média não havia hierarquia de leis, separação de poderes, mas apenas a supremacia da vontade individual do soberano. Esse absolutismo dos barões feudais passa ao monarca, que governa sobre o princípio de "a lei sou eu". Essa ideia de absolutismo foi desconstruída ao longo do tempo. Na Inglaterra, a Magna Charta Libertatum, escrita no ano de 1215, teve origem na controvérsia sobre a cobrança de tributos, sendo resultante de conflitos entre o Rei João Sem-Terra, os barões e os representantes da Igreja, até ser por estes dominado com a assinatura da Magna Charta.

A Magna Charta, desimportando o momento político em que foi assinada, se sob coação ou não, reconstruiu os pilares do constitucionalismo inglês, concedendo ao povo igualdade em direitos num regime notadamente confiscatório, conferindo a todos o direito de não serem despojados de seus bens, assim como de não serem presos senão após o julgamento de seus pares.[16]

A Magna Charta, o primeiro documento escrito em que o próprio subscritor declara que os seus poderes não eram absolutos, não era um documento parlamentar, tampouco exigido pelo povo, foi assinado pelo próprio detentor do poder, embora alguns historiadores declarem que o povo à época não estava em condições de exigir o documento tal como editado pelo monarca, considerando que a rebelião se deu pela nobreza e pelo clero à revelia da população.

Porém é certo que garantiu direitos, segundo Canotilho, em primeiro lugar, o de "liberdade pessoal de todos os ingleses e como a segurança da pessoa e dos bens de que se é proprietário",[17] em segundo lugar, pela "criação de um processo justo regulado por lei (*due process of law*)", disciplinando a privação da liberdade e, por fim a sedimentação do *common law*, pelas "leis do país (*laws of the land*) reguladoras da tutela das liberdades interpretadas e reveladas pelos juízes e não pelos legisladores".

A Revolução Gloriosa (1688), por sua vez, marca a transição do poder do Rei da Inglaterra ao Parlamento, dando sequência aos

15 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51.

16 Conforme estabelecido na Magna Charta (a teor dos arts. 20, 39, 52 e 55 dentre outros). Disponível em: <http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2017.

17 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 55.

direitos já implementados pela Magna Charta, com a *Bill of Rights*, documento escrito pelo Parlamento inglês, pelo qual o soberano deixa de ser o rei, migrando a soberania para o Parlamento. A "Revolução inglesa, na linha das primeiras cartas de direitos, não pretende senão confirmar, consagrar, reforçar direitos, garantias, privilégios".[18]

Não obstante seja um regime constitucional predominantemente costumeiro, ao reverso dos países que mantém uma relação constitucional predominantemente escrita, com uma unidade formal única, a Grã-Bretanha possui numerosas leis constitucionais escritas de maneira esparsa, desde a Magna Charta, de 1215, seguidos pela *Petition of Rights* (1628), pelo *Habeas Corpus Act* (1679) e do *Bill of Rights* (1689).

3.2 Constitucionalismo norte-americano

No que tange ao constitucionalismo norte-americano, a Constituição dos Estados Unidos de 1787 assegurou o sistema de *checks and balances*.

> A organização política da União (tal como a dos Estados) dir-se-ia directamente inspirada em Montesquieu: três poderes – Legislativo, Executivo, Judicial– e cada poder não só produzindo actos inerentes à sua função (*faculté de statuer*) mas também interferindo em actos doutros órgãos, contribuindo para a produção dos seus efeitos ou impedindo que eles se dêem.[19]

Porém, a ideia de soberania no constitucionalismo norte-americano antecedeu à sua Constituição e veio estampada na Convenção de Filadélfia, "quando diante da independência das Treze Colônias, o Congresso da Filadélfia, em 15 de maio de 1776, propôs aos Estados federados a formulação de suas próprias Constituições",[20] dando início ao sistema de constituições escritas e força ao constitucionalismo moderno.

Nesse contexto, considerando a colonização dos Estados Unidos pela Inglaterra, os estados resolvem criar um novo modelo de Estado por meio da Convenção da Filadélfia, acabando com a confederação dos estados, estes abrindo mão de suas soberanias, permanecendo apenas com suas autonomias. Esse documento deixou clara a diferenciação entre soberania e autonomia.

A autonomia seria o campo delimitado de atuação dos estados para a tomada de decisões (território e povo), subordinado, entretanto, à decisão de outrem que seria a União (dos Estados soberanos dos EUA), sendo personificada nesta a soberania dos Estados Unidos da América. Esse modelo federal pressupõe uma repartição de competência e será governado por um presidente eleito.

Este foi o modelo adotado pelo Brasil, figurando o presidente eleito como chefe de Estado e chefe de governo, representando soberanamente o país em suas relações internacionais e internamente dominando competências próprias outorgadas pela Constituição Federal.

A separação dos Poderes, inspirada em Montesquieu, reflete a

> [...] transformação da confederação dos Estados independentes sucessores das treze colônias britânicas da costa oriental da América do Norte em união de natureza estatal, o federalismo americano é um federalismo perfeito em que se verificam, simultaneamente, uma estrutura de sobreposição (cada cidadão sujeito simultaneamente a dois poderes políticos e dois ordenamentos constitucionais) e uma estrutura de participação (o poder político central como resultante da agregação dos poderes políticos dos Estados Federados.[21]

18 MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 72.
19 *Ibidem*, p. 90.
20 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 32.
21 MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*.

3.3 Constitucionalismo francês

O Constitucionalismo francês teve grande influência no constitucionalismo moderno. Desde 1302, os Estados Gerais do Reino, criados por Felipe IV "O Belo", possuíam um regime jurídico característico, de estamentos, dividido entre o clero, a nobreza e a burguesia. Esse tipo de regime não satisfazia à classe burguesa, devido à alta carga tributária que era depositada sobre ela.

Os burgueses eram comunidades que ficavam entre os feudos e viviam do comércio. Embora tenham enriquecido com esse trabalho, eram desprovidos de poder político, e não lhes agradava a carga tributária que lhes era imposta, pois só eles é que pagavam tributos.

O Estado sobrevivia desses impostos, entretanto, o critério utilizado, à época, para a exigência e aumentos era por meio de votos dessas três classes estamentais. Cada classe estamental – clero, nobreza e burguesia – tinha direito a um único voto, o que sempre levava a burguesia a suportar a legitimidade dessa imposição, pois a votação sempre concluía por dois a favor (clero e nobreza) e um contra (burguesia).

Abade Siéz, em livro denominado "O que é o terceiro Estado", propõe a votação proporcional à população de cada Estado, surgindo daí o voto por cabeça (*one man one vote*), no que ele tenta "conjugar soberania nacional (mas não soberania popular, fraccionada em razão de membros da comunidade política, dos cidadãos) e representação política".[22]

A partir de então, começam as lutas para serem abolidos os privilégios feudais, possibilitando uma igualdade formal, sendo esta a peculiar diferença entre o sistema constitucional francês em relação ao inglês e ao americano.

Esse novo sistema forma-se a partir de 1789. "A revolução francesa marca a ruptura com o Estado absoluto",[23] inaugurando uma nova ordem constitucional, com a derrubada da monarquia e da nobreza, consolidando os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Nesse momento é editada a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e, em 1791, a primeira Constituição formal europeia.

Tanto os movimentos americanos quanto os franceses, inspirados pela doutrina de Montesquieu, influenciaram no desenvolvimento constitucional de toda a Europa.

Montesquieu disseminava a ideia de que a "natureza do Governo Republicano é que o povo no seu todo, ou certas famílias tem o poder soberano",[24] porém não descurava da possibilidade de que essa soberania deveria ser exercida segundo as leis. Entretanto, já acenava com a hipótese de que na República poderia haver corrupção quando o princípio da igualdade é perdido, pois a "corrupção de cada Governo começa quase sempre pela corrupção dos seus princípios"[25] e arremata: "o Povo, não podendo suportar mesmo o poder que ele confiou quer fazer tudo por si mesmo: deliberar em lugar do Senado; executar em lugar dos Magistrados; e despojar todos os juízes.",[26] traçando um raciocínio lógico sobre o espírito da igualdade no contexto social, pautada em regras consistentes em mandar e ser mandado, segundo as qualificações atribuídas pelo próprio povo.

4. Entendendo a corrupção no contexto do Estado soberano e do governante na administração pública

4.1 O que vem a ser corrupção?

A corrupção é um fenômeno de múl-

Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 85.

22 MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 99.

23 *Ibidem*, p. 96.

24 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo *versus* parlamentarismo. Trad. Pedro Vieira Mota. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 97.

25 *Ibidem*, p. 143.

26 *Ibidem*, p. 144.

tiplas faces. Ela ocorre de várias formas e em vários graus, potencializa-se através de condições oportunísticas, as mais variadas possíveis, e consuma-se pelo poder criativo do intelecto de mentes onde predomina o egoísmo pessoal ou grupal, pode acontecer em qualquer interação do gênero humano, nem sempre é considerada como tal e poucas vezes pode ser efetivamente comprovada. Assim, independendo de sua intensidade ela está comumente infiltrada no meio do poder público, no setor privado e correlacionada entre eles.

Entretanto, aquele tipo de corrupção que é, seguramente, a mais relevante, impactante e chocante, é a que relaciona a administração pública a pessoas físicas ou jurídicas, sendo este o foco deste trabalho, levando em conta a sua extensão às relações internacionais, em face da tendente globalização, bem como os meandros políticos envolvidos e os mecanismos estabelecidos dentro do Direito Administrativo, em leis especiais esparsas, como a que pune a improbidade administrativa, que tentam conter esse terrível flagelo.

Não há uma definição ou conceituação consensual sobre o que é corrupção pelos organismos internacionais, como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003), tampouco entre estudiosos do assunto. As tentativas nesse sentido se baseiam em atributos e situações que favorecem a consecução de tais fenômenos, assim como os resultados e consequências deles decorrentes, normalmente expressos em forma estatística, de efeito corporativo, do tipo aumentando/diminuindo, Estado 1 *versus* Estado 2, etc.

Alfonso Buteler,[27] *apud* Malem Seña, diferencia corrupção de outras figuras jurídicas através dos seguintes atributos:

a) marca de caráter individual: corruptor e corrupto se conhecem e selam um firme acordo, um deles pelo menos com alto poder de decisão ou influência;

b) modelo conflitivo às regras democráticas;

c) busca de uma vantagem adicional econômica, política, social, afetiva, etc.;

d) viola ativa ou passivamente o dever de cumprir o sistema normativo vigente.

Em resumo, a corrupção vincula-se ao sistema normativo existente (o que pode torná-la distinta de um Estado para outro), conflita-se deslealmente com esse sistema e envolve duas ou mais pessoas – uma delas pelo menos com poder de decisão – que buscam vantagens de qualquer tipo, para si ou para grupos de interesse, mesmo que seja em detrimento ao bem-estar da sociedade que os rodeia.

4.2 Causa de corrupção

Dentre os fatores que tendem a propiciar ou incentivar o processo corruptivo destacam-se alguns, ressaltando-se que podem ser entre si causa e efeito ou interligarem-se ou complementarem-se.

a) Subdesenvolvimento: quanto maior o desenvolvimento do país, tanto menor é seu grau de corrupção. Essa é uma constatação veiculada por meios estatísticos mundiais.

b) Egoísmo pessoal: cidadãos que não se importam com a coletividade, com o bem comum, um mal cultural.

c) Falta de cultura, de educação, de desenvolvimento, de civilidade e de valores éticos em geral.

d) Oportunidades dentro dos sistemas político, administrativo e jurídico.

e) Falta de transparência governamental: atualmente tendente a diminuir pela implantação de sistemas informatizados que veiculem as atividades administrativas que importam em gastos públicos.

f) Excesso de burocracia: implicando a premissa de que a venda de dificuldades gera facilidades.

27 BUTELER, Alfonso. Corrupcion, globalización y derecho administrativo. *Revista Eurolatioamericana de Derecho Administrativo*. Argentina: Santa Fe, v. 1, n. 1, p. 39-62, ene./jun. 2014.

g) Legislar em causa própria: prática de atos normativos, tanto pelo Poder Executivo quanto pelo próprio Poder Legislativo, que visam interesse pessoal ou de grupos influentes, propiciando vantagens político-partidárias. Exemplificativamente, pode-se citar a alteração pelo governo federal da regulamentação que trata do trabalho escravo, por meio da Portaria MTB nº 1.129/2017, favorecendo a ala ruralista do Congresso em troca de votos desses congressistas em temas do seu interesse. Todavia, nesse caso, a portaria foi suspensa pelo STF e, posteriormente, substituída pela Portaria MTB nº 1.293/2017.

h) Impunidade: decorre da deficiência legislativa no combate à corrupção, seja para autoproteção dos membros de cadeias corruptas, seja por falta de órgãos sérios de autocontrole dentro da esfera de governo, ou pela deficiência desses mesmos órgãos.

4.3 Efeitos da corrupção

4.3.1 Efeitos sociais

Quanto maior a corrupção em um Estado, tanto maior será o freio de desenvolvimento das classes menos favorecidas, já que boa parte dos recursos financeiros que poderiam ser utilizados para esse desenvolvimento – envolvendo educação, saúde, acesso à casa própria, segurança, etc. – é desviada por essa detestável prática delitiva.

Estudo feito pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) mostra que a falta de desenvolvimento econômico e a corrupção formam um ciclo vicioso, um alimenta o outro, como regra geral, embora não se possa estabelecer essa relação em caráter absoluto. Por exemplo, o México tem índice de desenvolvimento mais elevado que o do Brasil, porém apresenta maior grau de corrupção. Outra conclusão desse estudo é que, se no Brasil o nível de corrupção caísse àquele do Uruguai, a renda *per capita* do brasileiro seria 30% (trinta por cento) superior ao que é hoje.

A verdade é que a corrupção favorece as desigualdades sociais, alguns ficam cada vez mais ricos e poderosos, enquanto outros ficam, na melhor das hipóteses, estagnados numa medíocre condição de vida, em alguns casos, sub-humanas.

4.3.2 Efeitos econômicos

Um nível considerável de corrupção de um Estado afetará sensivelmente a sua economia, com graves prejuízos ao seu desenvolvimento.

Diretamente relacionados à prática de corrupção estão problemas impactantes à economia de Estado como aqueles relacionados a:

a) comércio internacional;

b) investimentos internacionais;

c) custo de obras públicas;

d) custo da administração das atividades públicas.

No comércio internacional, além da tendência à menor competitividade de seus produtos onde há custos adicionais de corrupção, há ainda o fato de que empresas "éticas" evitam realizar transações com aquelas "menos sérias".

Investimentos internacionais são normalmente bem-vindos, especialmente para Estados em estágio de desenvolvimento ou mesmo de subdesenvolvimento. Qualquer análise de risco – e para isso existem as grandes agências – tende a baixar a qualificação de um Estado de acordo com o grau de corrupção e daí a redução de interesse por parte de um investidor internacional.

A realização de obras públicas, necessárias em qualquer país, mas principalmente naqueles que precisam se desenvolver, é, normalmente, uma grande janela para a concretização de espúrias negociações envolvendo um montante adicional dividido entre os corruptos e os corruptores. Isso aumenta os gastos do Estado que lança mão de parte dos impostos arrecadados para cobrir esse "extra", quando poderia utilizá-los para a consecução dos deveres constitucionais do Estado aos

seus concidadãos como saúde, segurança e educação. Além disso, muitas dessas obras não são prioritárias, outras "nunca" entram em funcionamento ou tardam a cumprir os objetivos a elas estipulados. Parece muitas vezes que o mais importante é a "propina" delas advinda e não o seu caráter social ou econômico.

4.3.3 Efeitos morais

Embora se apresente de diversas formas e intensidade em diferentes Estados, boa parte do funcionalismo público vê sua função estatal como um "poder", uma "força" ou a garantia de emprego para a vida toda – como é o caso do Brasil – e não como um dever de prestar serviços da melhor qualidade à sociedade que é, afinal, quem paga seus salários.

Daí podem surgir casos de utilização desses poderes em proveito próprio, de familiares, amigos, partidos políticos, grupos econômicos, etc., obtendo vantagens de qualquer tipo em troca de favorecimentos, os mais diversos possíveis. A outra parte, não corrupta, sente-se desprestigiada, desmotivada e temerosa de represálias por parte de um eventual comando corrupto e o seu trabalho passa a ser inseguro e inercial.

A corrupção afeta sensivelmente os regimes democráticos em sua ordem moral e seu Estado de Direito. Conforme acentuado na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, desde o ano de 1996, preocupados com o avanço dos problemas relacionados à corrupção e os vínculos que elas formam, desaguando na delinquência e no crime organizado, e visando dar segurança e estabilidade às sociedades, diante de sua disseminação mundial, os países que dela fizeram parte, resolveram firmar um documento, traçando critérios objetivos, especialmente no que tange à administração pública, aqui de interesse peculiar, objetivando aumentar a transparência no financiamento de campanhas de candidatos e partidos políticos, com as seguintes finalidades:

> A finalidade da presente Convenção é:
> a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção;
> b) Promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos;
> c) Promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.[28]

4.3.4 Efeitos políticos

Num regime democrático de direito, como o do Brasil, em que o povo elege seus dirigentes e, se estes se revelam corruptos, há certamente um abalo moral que vai desde a simples frustração com a sua escolha à crença de que vale tudo, de que não compensa ser honesto, isso pode se alastrar por todos os setores dos serviços públicos, engordando a cultura da corrupção.

Nesse ponto, a democracia corre o perigo de ceder lugar a extremistas que, tremulando bandeira de salvadores da Pátria podem substituir o ideal democrático por um radicalismo, que a História tem revelado ser um caminho nebuloso e cruel. Seria trocar um mal por outro de igual proporção.

28 UNODC. *Convenção das Nações Unidas contra Corrupção*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-onu/arquivos/2007_uncac_port.pdf>. Acesso em: 16 out. 2018.

Em resumo, dos efeitos aqui delineados e remontando às lições de Montesquieu, a descrença popular nos governantes, em uma República, possibilitaria a subversão do Estado, no qual o Povo quer ascender ao poder em desrespeito a todas as normas éticas de conduta, aumentando ainda mais a corrupção. "O Povo cai nessa desgraça quando aqueles a quem ele se entrega, querendo ocultar a própria corrupção, procuram corrompê-lo" e "não há espantar-se, se se vir os sufrágios serem dados por dinheiro. Não se pode dar muito ao Povo, sem tirar dele ainda mais, o seu alvo não pode ser senão o tesouro público".[29]

5. Alguns combatentes da guerra contra a corrupção

O Direito tem, sem dúvida, papel fundamental no combate à corrupção, agindo tanto de forma preventiva, já que regramentos jurídicos existem para que o mal não ocorra, quanto em estágio punitivo, não desejado, mas necessário, quando a barreira da legalidade é ultrapassada.

Quanto melhor o sistema jurídico efetivamente implantado, tanto maior será a inibição às oportunidades e às motivações que levam à prática da corrupção. Entretanto, não se pode esperar, nem mesmo dos sistemas jurídicos mais completos e sofisticados, que eles operem a extirpação completa desse verdadeiro tumor maligno que tem assolado a humanidade desde os seus primórdios.

No Brasil, em especial, leis existem para coibir a corrupção, mas elas são não raramente dribladas ou desvirtuadamente interpretadas de forma a concretar-se a famosa cultura do "jeitinho brasileiro".

A complexidade deste tema revela-se ainda mais profunda pelo entrelaçamento de causas, ações e consequências, não apenas levando em conta os aspectos jurídicos a ele relativos, mas também as afecções sobre os segmentos social, cultural, político, econômico, ético/moral etc., de um Estado Democrático de Direito.

Existem casos em que a complexidade do sistema jurídico aliada à sua consequente morosidade faz criar sistemas paralelos corruptos, eleitos por serem mais ágeis. Há, ainda, ocasiões em que os legisladores criam leis em causas próprias, que lhes favorecem de alguma forma e podem se caracterizar como atos corruptos legalizados ou mesmo abrir portas para utilização da lei para interesses partidários, eleitorais ou de grupos, uma "legalidade forjada por eles em seu próprio favor".[30]

No sentido de combater a corrupção, nas últimas duas décadas foram criados organismos internacionais, estabelecendo mecanismos de prevenção, detecção e erradicação de práticas corruptas além de cooperação entre os países participantes.

A Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA) foi o primeiro deles, de 29 de março de 1996, promulgado no Brasil em 07 de outubro de 2002.[31]

Seguiu-se em Paris, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais adotada pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), concluída em 17 de dezembro de 1997, promulgada no Brasil em 30 de novembro de 2000.[32]

Mas, a mais geral e talvez mais im-

29 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo *versus* parlamentarismo. Trad. Pedro Vieira Mota. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 144.

30 GOMES, Luís Flávio. *O jogo sujo da corrupção*. Pela implosão do sistema político-empresarial perverso. Em favor da Lava Jato, dentro da lei, e pela reconstrução do Brasil. São Paulo: Astral Cultural, 2017, p. 37.

31 BRASIL. *Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm>. Acesso em: 19 nov. 2017.

32 BRASIL. *Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm>. Acesso em: 19 nov. 2017.

pactante foi a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, aprovada na Assembleia Geral da ONU de 31 de outubro de 2003, entrando em vigor em 14 de dezembro de 2005, promulgada no Brasil em 31 de janeiro de 2006. Ela contém 71 artigos em oito capítulos, cujos temas mais relevantes se referem a: prevenção, penalização, recuperação de ativos e cooperação internacional.

Em relação à prevenção à corrupção, os Estados Partes da Convenção devem adotar: políticas que "promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do Estado de Direito", tais como a integridade, a transparência e a *accountability*, entre outros:[33]

- sistemas de seleção e recrutamento com critérios "baseados em princípios de eficiência e transparência e em critérios objetivos como o mérito, a equidade e a aptidão".[34]

- transparência no financiamento de campanha, dispondo, para isso que: "cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e administrativas apropriadas, em consonância com os objetivos da presente Convenção e de conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, para aumentar a transparência relativa ao financiamento de candidaturas a cargos públicos eletivos e, quando proceder, relativa ao financiamento de partidos políticos".[35]

- códigos de conduta a servidores públicos e eliminação de possíveis conflitos de interesses; [36]

- processos licitatórios com ampla participação, com critérios claros, justos e impessoais;[37]

- acesso aos cidadãos às contas públicas;[38]

- independência do Poder Judiciário e do Ministério Público;[39]

- medidas preventivas contra a lavagem de dinheiro;[40]

- medidas de prevenção também ao setor privado como padrões de auditoria e de contabilidade efetivas, sanções civis, administrativas e criminais, cooperação entre os aplicadores da lei e as empresas privadas, desestímulo a conflitos de interesse, proibição de "caixa dois", desestímulo à isenção ou redução de impostos e ações afins que possam ser consideradas subornos;[41]

A Convenção, em termos de penalização e aplicação da lei, reza que os Estados Partes contemplem em seus ordenamentos jurídicos tipificações criminais para a corrupção ativa a oficiais estrangeiros, fraude, apropriação indébita, obstrução da justiça, tráfico de influências, abuso de poder, enriquecimento ilícito, ocultação de produtos do crime,[42] etc.

O princípio da recuperação de ativos é uma importante inovação estabelecida pela Convenção, segundo a qual os Estados Partes devem, através de medidas de cooperação, ter mecanismos que permitam a identificação de ativos suspeitos como, por exemplo, contas bancárias de cidadãos de outro Estado, o confisco desses bens (mesmo sem condenação criminal) e seu retorno ao legítimo dono.[43]

O capítulo[44] sobre mecanismos de re-

33 BRASIL. *Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 19 nov. 2017.
34 *Ibidem*, art. 7º, 1º, "a", setor público.
35 *Ibidem*, art. 7º, 3º, setor público.
36 *Ibidem*, art. 8º, códigos de conduta para funcionários públicos.
37 *Ibidem*, art. 9º, contratação pública e gestão da fazenda pública.
38 *Ibidem*, art. 10, informação pública.
39 *Ibidem*, art. 11, medidas relativas ao poder judiciário e ao ministério público.
40 *Ibidem*, art. 14, medidas para prevenir a lavagem de dinheiro.
41 *Ibidem*, arts. 15 e 16, suborno de funcionários públicos nacionais e suborno de funcionários públicos estrangeiros e de funcionários de organizações internacionais públicas.
42 *Ibidem*, arts. 17 a 27, malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens por um funcionário público.
43 *Ibidem*, art. 51, recuperação de ativos.
44 *Ibidem*, art. 54, mecanismos de recuperação de bens mediante a cooperação internacional para fins de confisco.

cuperação de bens mediante a cooperação internacional para fins de confisco enfatiza a necessidade de esforços conjuntos contra a corrupção tais como: coleta e transferência de evidências, processos de extradição, investigações, rastreamentos, congelamento de bens, apreensão e confisco.

Como medida efetiva de controle de implementação do estabelecido na Convenção, o escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC) reuniu Estados Membros, em novembro de 2009, no Catar, instituindo *check list* e visitas de especialistas internacionais para monitoramento, a cada cinco anos, nos Estados participantes da Convenção.

No Brasil, a Constituição, embora não explicitamente, contempla o princípio anticorrupção, calcado nos princípios da estrita legalidade, da impessoalidade, da moralidade, no sufrágio universal, na separação dos poderes,[45] na independência do poder judicial, nas liberdades individuais, nos direitos sociais.

Cabe mencionar algumas normas brasileiras que foram promulgadas nas últimas décadas cobrindo propósitos anticorrupção. Entre elas destacam-se:

- Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 – com a seguinte ementa: "Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências");

- Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 – com a seguinte ementa: "Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências");

- Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 – com a seguinte ementa: "Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências");

- Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 – com a seguinte ementa: "Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências");

- Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010 – com a seguinte ementa: "Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do artigo 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato").

Não se pode deixar de indicar dois órgãos governamentais extremamente importantes no sistema constitucional anticor-

45 Segundo Canotilho, na separação de funções de um Poder, o Estatal, essa separação permite a cada um desses "poderes executar controles e colocar freios em relação a qualquer dos outros dois, constituindo-se em mecanismo de combate de anomalias, podendo-se incluir nesta a corrupção". Diz referido doutrinador, ao discorrer sobre a separação e interdependência dos órgãos de soberania, que: "o princípio da separação de poderes é, como princípio organizatório estrutural, uma das 'grandes constantes' (Käigi) do Estado Constitucional. Como já se salientou, o princípio transformou-se mesmo em *ratio essendi* da Constituição [...] Quando se fala de separação e interdependência dos órgãos de soberania (cfr. Art. 111º/1) como princípio estrutural da organização política tem-se geralmente em vista a separação horizontal de poderes [...] a repartição horizontal refere-se à diferenciação funcional (legislação, execução, jurisdição), à delimitação institucional de competências e às relações de controlo e interdependência recíproca de vários órgãos de soberania". Sob a ótica do sistema de freios e contrapesos, assevera Canotilho que esse sistema é de corresponsabilidade e interdependências sendo "constitucionalmente estabelecido aponta para a ilegitimidade de qualquer deslocação de peso funcional conducente a um 'cesarismo presidencial', a 'absolutismo parlamentar' e a uma 'autocracia do governo'." (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 551-552)

rupção brasileiro, quais sejam o Ministério Público e a Polícia Federal.

O Ministério Público opera com a mesma independência prevista para o Poder Judiciário, sendo quase um quarto poder, com papel decisivo nos trâmites relativos a processos envolvendo corrupção (tanto na área cível, quanto na penal), além de outros em defesa da sociedade e da cidadania. É dele o exercício responsável de propor abertura de inquérito civil público, um procedimento administrativo pré-processual que pode ou não originar uma Ação Civil Pública, voltada a combater atos de improbidade administrativa. Apesar desse excelente trabalho anticorrupção, existem críticas ao Ministério Público apontando-lhes possíveis empregos políticos em sua atuação como, por exemplo, pela divulgação e aparição públicas de forma excessiva de alguns de seus membros (parecendo, simplesmente, refletir incômodos reativos dos diretamente afetados).

De fundamental importância, notadamente para a própria atuação do Ministério Público, é a Polícia Federal, cujo trabalho, principalmente o investigativo, tem sido decisivo na detecção de agentes públicos corruptos. Apesar de possíveis ingerências político-administrativas – já que o comandante da Polícia Federal é de nomeação livre do Ministro da Justiça e a este se reporta; o qual, por seu turno, é nomeado livremente pelo Presidente da República, indicação igualmente política e de confiança do mandatário da Nação.

Um órgão administrativo não muito referenciado, mas também de importância no âmbito de combate à corrupção no Brasil, é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).[46] Ele atua de forma incisiva no combate e prevenção de formação de cartéis, para que as normas de concorrência sejam respeitadas e, assim, coibidos os abusos do poder econômico. O CADE, implementando políticas contra as atividades nocivas das empresas, impede que as empresas privadas, em conluio, esquadrinhem esquemas destinados ao abalo do sistema concorrencial, obstando que novas empresas ingressem no mercado interno, sejam elas nacionais ou estrangeiras, ditando preços e regras à revelia do Poder Público e lesando, como consequência, a soberania estatal. Nos dias atuais, ouve-se muito sobre a atuação do CADE na repressão de ilícitos praticados por empresas ou seus administradores na defesa da concorrência, visando atender à realidade e estabilidade do comércio, que seria, não fosse sua atuação, desfavorável ao contribuinte.

No âmbito externo é também de realce o trabalho desenvolvido pela Transparência Internacional, uma ONG internacional. Com sede em Berlim, fundada no ano de 1993, trabalha em conjunto com governos, empresas e cidadãos em mais de 100 países e tem por objetivo a luta pela dissipação da corrupção no mundo. Sua pesquisa mais importante produz periodicamente o Índice de Percepção de Corrupção de quase duzentos países. Não é uma medida absoluta, pois é resultado da percepção de pessoas entrevistadas, portanto, subjetivo e influenciado pela mídia e pelo passado. No pesquisa relativa ao ano 2016, o Brasil ocupava a posição 79 na escala crescente de corrupção, dentre os 176 países relacionados. Nos resultados referentes ao ano de 2017, o Brasil caiu 17 posições, passando a ocupar a posição 96 entre 180 países mencionados.[47]

Não obstante os mecanismos voltados ao combate à corrupção, moldando comportamentos jurídicos para apartar a corrupção do cotidiano, não se pode acreditar que essa luta seja vencida apenas por meio de instrumentos

46 O CADE é vinculado ao Ministério da Justiça e foi criado por meio da Lei nº 4.137/1962 e transformado em Autarquia Federal por meio da Lei nº 8.884/1994, com competência em todo o território nacional, reestruturado pela Lei nº 12.529/2011.

47 Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/5a86d82132601ecb510239c2/t/5a8dc5b89140b72fa5081773/1519240719239/IPC+2017+-+RELATO%CC%81RIO+GLOBAL.pdf>. Acesso em: 18 out. 2018.

legais. Há a necessidade de estabelecer novos comportamentos mediante atitudes éticas, inspiradas em uma cultura comportamental latente, combinada com educação populacional e com repressão a condutas que não se coadunem com a prática ética pretendida.

O ideal ético de uma Nação é o de mudança de atitudes de forma global e não só de comportamentos pontuais. Crises éticas advindas de práticas corruptivas sempre abalam e importam em outras crises como a econômica e a financeira, o que equivale dizer: quando há falta de ética na administração, o país entra em colapso, importando na deficiência da prestação dos serviços públicos, na falta de segurança pública, dentre outros. De forma que, quando elegemos o dirigente da Nação, temos que ter em mente que sua responsabilidade é de tal envergadura que ao desvirtuar um orçamento na casa de cinco trilhões de reais, ele deixa de ser um gestor ético, faltando com o seu dever e com a transparência exigida pelos governados, colocando em risco com sua conduta aética os rumos da Nação.[48]

6. Soberania e corrupção – a figura do detentor do poder sufragado pelo povo

Para introduzir o pensamento da atuação da corrupção no âmbito administrativo, faz-se necessária uma filtragem do Direito Administrativo dentro do Direito Constitucional para estabelecer parâmetros do fundamento constitucional perfilhado no inciso I do artigo 1º da Constituição Federal do Brasil, como tentativa de parametrizar a soberania na figura do chefe da Nação, sob a ótica político-administrativa e a prática de atos que culminem por desencadear a corrupção no serviço público, para ao final tentar encontrar mecanismos hábeis a debelar esse comportamento, nas denominadas medidas anticorrupção, como a de efetiva responsabilização não só criminal, mas civil e pessoal, àquele que pleiteia ao povo a função de gestor da Nação.

A soberania moderna decorre do sentido de constitucionalismo, sendo esse o movimento político-social e histórico que limita o poder arbitrário do governante. Como um conceito aberto, o constitucionalismo, visto por uma Carta Constitucional autônoma, conecta-se com os termos política, sociologia, filosofia, direitos fundamentais, dentre outros. Essa conexão serve para prestigiar o sentido que se encontra arraigado no seio da sociedade sobre o que é Constituição, seja nos seus sentidos comum ou jurídico, como um documento escrito, cuja participação popular na estipulação de direitos encontra-se presente e que serve, primordialmente, para limitar o poder, seja dos governantes, dos legisladores e até mesmo do Poder Judiciário quando a interpreta e a aplica.

Não há dúvidas que o Brasil se funda no princípio republicano, firmado em um Estado Democrático de Direito, tendo como seu primeiro fundamento a soberania, conforme expressa o artigo 1º da Carta Magna: "Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania". De acordo com Canotilho "basta salientar que a República é soberana [...] quando for autodeterminada e autogovernada",[49] estando legitimada pela soberania popular.

O povo elege seus governantes, depositando neles o poder político de decidir seus destinos, por esse motivo considera-se que a soberania depende da legitimação e esta deriva do povo, sendo correto afirmar que

48 GOMES, Luís Flávio. *Ética e justiça. In*: Curso "Os Dilemas do Magistrado Contemporâneo". São Paulo: Escola de Magistrados do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=s8_YDWua03s&list=PL1Uj9rZjaISX2JtqEJKd4b7yiktVhDSWO&index=5>. Acesso em: 16 out. 2018.

49 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 224.

a soberania popular tem sua dimensão nele caracterizada. Assim,

> [...] a vontade do povo e a formação da vontade política do povo existe, é eficaz e vinculativa no âmbito de uma ordem constitucional materialmente informada pelos princípios da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, de organização plural e interesses politicamente relevantes, e procedimentalmente dotada de instrumentos garantidores da operacionalidade prática deste princípio.[50]

Eleito o dirigente da Nação, transportam-se a este todos os deveres e obrigações estabelecidos na Constituição, de acordo com a vontade dos eleitores. Ele será o chefe de Poder com todos os centros de atribuições de cúpula, dentre eles os valores da soberania estatal, podendo declarar a guerra, decretar o estado de sítio, alterar o padrão monetário, bem como ser responsabilizado pelas deliberações tomadas tanto como chefe da Nação e do Estado, devendo prestar contas aos seus governados pelo desempenho do mandato eletivo.

Não obstante a alta responsabilidade e graduação do cargo, como chefe de Poder, não se exime o governante de responsabilidade por atos de gestão, não se escusa de atos de má gestão, tampouco de atos de corrupção, pois a Constituição impõe a observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Não se abordará, nesse conjunto, a responsabilidade estatal por atos de seus agentes, tampouco acerca da discricionariedade do administrador na escolha de suas opções no curso do governo, mas atos praticados subrepticiamente e caracterizados como corruptos, portanto ilegítimos.

Por esse motivo pode-se afirmar com segurança que, embora tenha o chefe de governo e Nação sido eleito, não se desincumbe das atribuições de um servidor público visto sob a ótica constitucional e, como tal, deve, além da acuidade aos atos inerente ao cargo ocupado, observância irrestrita aos preceitos constitucionais estabelecidos para aqueles que ingressam no poder público, na forma do artigo 37 da Constituição da República do Brasil.

De acordo com o artigo 37, especialmente o estatuído em seu *caput*, o Presidente da República deve estrito cumprimento aos seguintes princípios:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Aqui não há que se falar em irresponsabilidade do governante, tal como na Idade Média, na qual a premissa era a de que "the king can do no wrong", época em que o soberano dizimava governos adversários e mesmo seus súditos com extorsivos tributos impunemente. O curso da História, chegando aos dias atuais, instaura um Estado moderno, cunhado por responsabilidades de direito público, porquanto qualquer agente público, agente político ou agente de poder ao ascender às suas funções se coloca na condição de responsável pelos atos praticados em contrariedade à lei ou por falta ao seu dever, também prescrito em lei. Pelo Direito Administrativo, essa responsabilidade requer a existência do dano, a causalidade entre o dano e o evento danoso em razão do comportamento omisso ou positivo do respectivo responsável, bem como a inexistência de causa que exclua essa responsabilidade.

A abordagem neste tema tem como foco a responsabilidade do governante quando sua

50 *Ibidem*, p. 292.

conduta se encontra em desconformidade com o ordenamento e com a própria Constituição, lesando direitos difusos e coletivos de forma direta, em prejuízo ao Erário e demais patrimônios públicos, de ordem cultural, ambiental, econômica, afetando, igualmente, a economia popular.

O Estado, como queremos, deve ser aquele que gestiona interesses e adota programas idôneos e eficientes, sendo difícil a tarefa de desvendar atividades ilícitas acobertadas por uma aparente legalidade, pois o agente político muitas das vezes trabalha sob programas supostamente ditados pela conveniência e oportunidade e, sob esse manto de discricionariedade, pratica aqueles atos indesejáveis, cuja repercussão negativa virão à tona após muitos anos contados de sua edição. As lesões provadas no âmbito administrativo serão derivadas do desvio de finalidade do governante, cuja aferição será realizada após a efetiva lesão dos administrados.

Sob esta visão, o governante – como gênero servidor público – encontra-se inserido na espécie agente político. Apesar de contar com uma qualificação superior aos demais servidores públicos – seja pela forma de ascensão ao cargo, seja pelas responsabilidades a eles inerentes, seja porque umbilicalmente ligado às ideologias daqueles que o ascenderam ao Poder –, para fins de responsabilização, não passa de um funcionário público qualificado, considerando que eventual punição por atos praticados em desconformidade com a ordem legal, passa por um rito procedimental diferenciado, que nem sempre reflete a vontade popular e de efetiva responsabilização pelos seus atos.

Para o gestor eleito, a legislação não se mostra eficiente para reprimir atos que afrontam interesses públicos, tampouco o Poder Judiciário encontra-se habilitado a tanto, pois, tratando-se de ato complexo, necessita da vontade de outro Poder, o Legislativo, para coibir práticas ilícitas, muitas vezes comprovadas, porém abonadas por questões políticas inacessíveis aos governados, para que se possa tipificar e enquadrar o governante aos atos que pratica à margem da lei.

No Brasil, há uma desequiparação legítima, sob a ordem legal, para que práticas pouco honestas sejam feitas para acobertar os atos praticados com excesso ou abuso de Poder pelo governante. O foro privilegiado é um grande indicativo dessa desequiparação, considerando que o tratamento desigual favorece conchavos políticos e situações de iniquidade, aceitas sob o aspecto técnico-formal, mas repudiadas pelo aspecto ético.

Atualmente, os governantes lançam mão de mecanismos como o de destituição por exoneração de agentes políticos ocupantes de cargos na administração pública federal, para que os mesmos retornem às suas casas legislativas para a votação de atos importantes, envolvendo a administração, editados contra ou pelo próprio governo, para que consigam ampla margem de votos favoráveis, voltando tais parlamentares, depois de votados os atos nas casas legislativas, aos seus cargos na administração pública.

Esse tipo de mecanismo, embora não seja proibido legalmente, mostra-se antiético e com desvio de finalidade, pois o gestor da

coisa pública implementa atos com finalidade de estabilizar o regime com a aprovação de medidas nem sempre queridas pela população. Não se discute aqui a necessidade ou não de eventuais medidas, mas as formas espúrias como elas são aprovadas. Há evidente conflito de interesse nos atos praticados, pois em conluio, já se antevendo um resultado propício ao governo.

Dito isso, partindo-se do princípio que, na organização do Estado, a Constituição é um documento que deve ser observado por todos, independentemente da qualificação funcional de seus integrantes na esfera de Poder, uma vez que, em seus fundamentos, é estabelecido ser a República um Estado Democrático de Direito, tendo a soberania como uma de suas diretrizes político-governamentais, vemos que não estamos diante de uma mera recomendação, mas de uma exigência erigida pelo povo, que assim deliberou.

De forma que a soberania atribuída pelo povo a determinado cidadão é norma de observância obrigatória, vinculando os atos do governo e respectivo dirigente, sejam eles éticos ou não, e aí não discrepamos da natureza dos atos praticados, podendo ter natureza legislativa (como no caso de edição de Medidas Provisórias, com o desvirtuamento de seus fins públicos), de natureza jurisdicional, de natureza administrativa pura (como determinar a construção de uma obra pública sem os mecanismos licitatórios hábeis ou licitações dirigidas) e de controle (como os realizados pelos Tribunais de Contas, de forma a controlar externamente os atos de gestão) e, ainda, de natureza política (como o exemplificado anteriormente, no sentido de exonerar e readmitir pessoas políticas para composição de julgamento em órgão diverso a favor do Poder Executivo).

Assim, estar a Constituição representada ou não por um documento escrito não significa que, por razões de conveniências pouco claras, suas regras serão cumpridas ou desvirtuadas.

A partir do momento em que um servidor público é empossado em um cargo presta o juramento de cumprir a Constituição e Leis do país, notadamente o Presidente da República. Esse é o "mundo do dever-ser constitucional",[51] significando que,

> [...] quaisquer que sejam os programas e projetos governamentais, ou eles se ajustam aos limites, princípios e diretrizes constitucionais, ou, inexoravelmente, haverão de ser tidos como inválidos, juridicamente insubsistentes. Entre o mundo do dever-ser constitucional e a realidade atualmente vivida, porém está a haver uma distância incomensurável.[52]

Adequar a forma de governar a incontáveis Emendas Constitucionais é apenas um dos exemplos de burla à ordem preestabelecida para dar uma aparência de legalidade à forma de governo. No Brasil, isso ocorre comumente ao arrepio do estatuído pela Constituinte de 1988, ou seja, adapta-se o dever-ser constitucional por normas, quando o governante deveria amoldar-se ao que foi deliberado pela assembleia escolhida pelo povo. Não se afirme que tais manobras legislativas servem para compatibilizar as normas à evolução dos tempos, porquanto sempre se voltam, como na Idade Média, para a manutenção de um governo que não satisfaz o interesse público.

7. Considerações finais

Afinal, apesar do ceticismo de muitos, da inexistência de uma cultura ética de alto nível, da falta de escolaridade e educação, dos elevados desníveis sociais e outros graves problemas que enfrenta o Brasil, em estágio

51 PONTES FILHO, Walmir. Descaminho institucional. *In*: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Coords.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 654.

52 *Ibidem*, p. 654.

de desenvolvimento como outros países, é o povo o verdadeiro detentor dessa soberania democrática, já que ele é o eleitor dos nossos governantes e poderá e deverá ser a arma principal no combate à corrupção.

Será que o povo vai permanecer indiferente aos atos caracterizados como corruptos pelos nossos políticos? Será que esses maus elementos (e eles constituem mais de 40% da força política atual) que tentam utilizar máscaras democráticas, mas, na realidade, transformam o regime numa cleptocracia, conseguirão se reeleger?

Já passa da hora do povo exercer o poder que lhe é atribuído pela Constituição Federal Brasileira, sua soberania, por intermédio do voto direto e secreto, além de outros mecanismos possíveis como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, para proposições de leis de interesse da população, embora neste último caso a proposta seja passível de distorções, como ocorreu em projeto de lei de iniciativa popular contra a corrupção de políticos, totalmente desvirtuada pelos parlamentares segundo seus interesses de impunidade, cuja votação foi paralisada por pressão da sociedade.

Então, a grande arma do povo é mesmo o voto e nota-se grande preocupação dos políticos nesse sentido.

A comum apatia da sociedade civil brasileira com relação ao tema corrupção tem diminuído, conquanto ainda seja alta por falta de escolaridade, pois mais de 50% da população não tem ensino médio completo e 8% dela é constituída de analfabetos, ficando mais sujeita à eficácia de técnicas políticas populistas e até escusas.

Porém já se constata uma participação considerável da população em movimentos apolíticos de apoio a ações anticorrupção. É claro que tem sido impactada pela evolução dos meios de comunicação, inclusive pela liberdade de expressão e da imprensa livre que só regimes democráticos podem propiciar.

Não obstante, não se pode crer que a corrupção irá terminar de uma hora para outra. Ela terá que ser combatida permanentemente e suas novas formas de aparição coibidas, a fim de que seus níveis sejam reduzidos continuamente utilizando para isso todas as armas possíveis, com o objetivo principal de melhoria do índice de desenvolvimento humano.

O endurecimento de regras e mecanismos que viabilizem sua aplicação de forma incisiva no combate contínuo às atividades nocivas à população e às economias populares é fator decisivo para que a impunidade não seja facilitadora do avanço da corrupção no seio social, embora se saiba que não são países com punições mais severas como Cingapura (pena de morte) ou Estados Unidos das América do Norte (delações premiadas, encarceramento) os menos corruptos, mas sim, aqueles de mais alto Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), como Dinamarca, Finlândia, Nova Zelândia, Suécia, Islândia e Canadá.

O crescimento do IDH é sempre acompanhado da evolução da cultura moral do povo o que depende da vontade e efetiva atuação popular. É uma imensa escalada para o Brasil, a ser realizada passo a passo. Demanda tempo, energia e persistência e requer um minucioso plano estratégico com os necessários ajustes periódicos do caminho a ser cursado e de adequação aos recursos disponíveis.

Referências

BELLAMY, Alex J. *Guerras justas, de Cicerón a Iraq*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômica, 2009.

BRASIL. *Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm>. Acesso em: 19 nov. 2017.

_____ . *Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm>. Acesso em: 19 nov. 2017.

_____ . *Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 19 nov. 2017.

BUTELER, Alfonso. Corrupcion, globalización y derecho administrativo. *Revista Eurolatioamericana de Derecho Administrativo*. Argentina: Santa Fe, v. 1, n. 1, p. 39-62, ene./jun. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOMES, Luís Flávio. *Ética e justiça*. *In*: Curso "Os Dilemas do Magistrado Contemporâneo". São Paulo: Escola de Magistrados do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=s8_YDWua03s&list=PL1Uj9rZjaISX2JtqEJKd4b7yiktVhDSWO&index=5>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____ . *O jogo sujo da corrupção*. Pela implosão do sistema político-empresarial perverso. Em favor da Lava Jato, dentro da lei, e pela reconstrução do Brasil. São Paulo: Astral Cultural, 2017.

HELLER, Hermann. *La sovranità*. Trad. Pasquale Pasquini. Milão: Giufré, 1987.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. Lições introdutórias. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo *versus* parlamentarismo. Trad. Pedro Vieira Mota. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. Leituras escolhidas em Direito. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

PONTES FILHO, Walmir. Descaminho institucional. *In*: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Coords.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

UNODC. *Convenção das Nações Unidas contra Corrupção*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-onu/arquivos/2007_uncac_port.pdf>. Acesso em: 16 out. 2018.

Jurisprudência

Direito Administrativo

APELAÇÃO CÍVEL
0006922-12.2002.4.03.6000
(2002.60.00.006922-6)

Apelante: MARIA ZARIFE LINHARES DE SOUSA
Apelados: ALBERTO JORGE RONDON DE OLIVEIRA E CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Classe do Processo: Ap 1575764
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/10/2018

EMENTA

PROCESSO CIVIL. PRESCRIÇÃO. NÃO CONFIGURADA. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA. FALTA DE FISCALIZAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. INVERSÃO DO ÔNUS SUCUMBENCIAL. APELAÇÃO PROVIDA.
1. Segundo entendimento firmado pelo e. Superior Tribunal de Justiça, o lapso prescricional da pretensão indenizatória começa a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença definitiva penal, quando a conduta ilícita supostamente perpetrada pela parte ré se originar de fato a ser apurado também no juízo criminal.
2. Em se tratando de cirurgia estética com caráter embelezador, o médico cirurgião plástico assume obrigação de resultado, com o propósito de atender as expectativas do paciente, diferentemente de uma cirurgia plástica reparadora, cujo objetivo é corrigir cicatrizes decorrentes de acidente ou defeito congênito, em que o resultado é de meio.
3. No caso em apreço, após a intervenção cirúrgica, a autora notou que o contorno de seu nariz havia sido alterado (nariz de coruja) e que existiam cicatrizes deformantes em seu corpo, causando-lhe, inclusive, dores e falta de sensibilidade no local.
4. A responsabilidade do profissional médico é objetiva, cabendo a ele demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante o procedimento, sendo que o uso da técnica adequada na cirurgia estética não é suficiente para isentá-lo do não cumprimento de sua obrigação.
5. A responsabilidade do Conselho Regional de Medicina de Mato Grosso do Sul, por sua vez, decorre da falta de fiscalização dos profissionais de sua região, prevista no artigo 15, "c", da Lei nº 3.268/57, haja vista que o réu não possuía especialização em cirurgia plástica, embora divulgasse livremente o contrário.
6. À vista disso, de rigor o reconhecimento da solidariedade entre o CRM/MS e o profissional da área médica, os quais devem pagar à autora indenização por dano estético, no importe de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), e reparação por dano moral, no montante de R$ R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), acrescidos de juros de mora e correção monetária.
7. Em relação aos danos de ordem material, consubstanciados no pagamento de honorários médicos, o médico deixou de observar o princípio da eventualidade, segundo o qual toda a matéria de defesa deve ser arguida na contestação, pois, além de não impugnar o valor dos honorários, afirmou que não se recordava da quantia paga pela autora.

8. Tratando-se, portanto, de questão incontroversa, presume-se verdadeiro o valor de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) apontado na inicial, a título de danos materiais, sobre o qual também devem incidir os consectários legais.
9. Inversão do ônus de sucumbência.
10. Precedentes.
11. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 11 de outubro de 2018.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator):

Trata-se de ação indenizatória ajuizada por *Maria Zarife Linhares de Sousa* em face do *Conselho Regional de Medicina de Mato Grosso do Sul* e de *Alberto Jorge Rondon de Oliveira*, em razão de cirurgia plástica malsucedida, que lhe causou cicatrizes anormais nos seios e deformidades no contorno do nariz, resultando em desvio de septo.

O MM. Juiz *a quo* julgou improcedentes os pedidos e condenou a autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 500,00 (quinhentos reais), *pro rata*, cuja exigibilidade permanece suspensa ante a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita (f. 549-559).

A autora, em suas razões recursais, pugna pela suspensão do presente feito até o trânsito em julgado da Ação Civil Pública nº 0001674-02.2001.4.03.6000 e, sustenta, em síntese, que:

a) o Código de Defesa do Consumidor foi aplicado parcialmente ao caso em tela, pois o juízo *a quo* deixou de inverter o ônus da prova, mesmo ciente de que a apelante é a parte hipossuficiente da relação;

b) o laudo do Instituto Médico Legal reconheceu as sequelas (cicatrizes) deformantes e permanentes no corpo da apelante, decorrentes da cirurgia plástica malsucedida, de modo que não há se falar em ausência de provas;

c) o CRM/MS é tão responsável pelos danos de ordem moral, material e estético, causados à apelante, quanto o profissional médico, pois não fiscalizou devidamente as atividades desenvolvidas pelo corréu Alberto Jorge Rondon de Oliveira em sua clínica.

Com contrarrazões do CRM/MS, em que se alega, preliminarmente, violação ao princípio da dialeticidade, vieram os autos a esta Corte.

As partes foram intimadas para se manifestarem acerca da eventual prescrição da pretensão almejada, nos termos do artigo 10 do Código de Processo Civil (f. 739).

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator):

De início, rejeito a preliminar de violação ao princípio da dialeticidade arguida pelo Conselho Regional de Medicina de Mato Grosso Sul, porquanto a apelação interposta pela autora, rebate, *in totum*, os fundamentos da sentença, conforme disposto no artigo 514, II, do CPC/1973 - diploma legal em vigor à época do ajuizamento da demanda.

Superado este ponto, analiso a questão prescricional, objeto de manifestação pela parte autora, com fundamento no artigo 10 do Código de Processo Civil.

Segundo entendimento firmado pelo e. Superior Tribunal de Justiça, o lapso prescricional da pretensão indenizatória começa a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença definitiva penal, quando a conduta ilícita supostamente perpetrada pela parte ré se originar de fato a ser apurado também no juízo criminal. Veja-se:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO NÃO VERIFICADA. INCIDÊNCIA DO ART. 200 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO NÃO PROVIDO.
> 1. É possível ao relator decidir o recurso de forma monocrática se baseado em jurisprudência dominante desta Corte, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sendo desnecessário submeter o feito à apreciação do órgão plural. Isso porque é facultada ao prejudicado a via do agravo interno para o colegiado, permitindo a apreciação de todas as questões suscitadas no recurso especial.
> 2. *"Tratando-se de ato que enseja, além da reparação civil, procedimento criminal, o lapso prescricional começa a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença definitiva penal."* (AgRg no Ag 1300492/RJ, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 16/08/2010)
> 3. *Nos termos da jurisprudência desta Corte, o art. 200 do CC/2002 somente é afastado quando, nas instâncias ordinárias, ficou consignada a inexistência de relação de prejudicialidade entre as searas cível e criminal ou quando não houve a instauração de inquérito policial ou de ação penal.*
> 4. Agravo interno não provido.
> (AgInt no AREsp 1191792/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 20/04/2018) (grifei)

> CIVIL E PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INJÚRIA RELIGIOSA E RACIAL. AÇÃO PENAL. CAUSA IMPEDITIVA DA PRESCRIÇÃO. ART. 200 DO CC/2002. OCORRÊNCIA.
> 1. Ação ajuizada em 29/05/2013. Recurso Especial interposto em 20/05/2015 e atribuído a este Gabinete em 25/08/2016.
> 2. O propósito recursal consiste em determinar a legalidade na decretação da prescrição da pretensão de reparação dos danos morais suportados pelas recorrentes, considerando que o mesmo evento danoso pode ser compreendido como um fato típico e, portanto, crime, o que interromperia o prazo prescricional, nos termos do disposto no art. 200 do CC/2002.
> 3. *O comando do art. 200 do CC/02 incide quando houver relação de prejudicialidade entre as esferas cível e penal, isto é, quando a conduta originar-se de fato também a ser apurado no juízo criminal, sendo fundamental a existência de ação penal em curso ou ao menos inquérito policial em trâmite.*
> 4. Não é possível afastar a aplicação do art. 200 do CC/2002 em hipóteses que envolvam, além do pedido de indenização, discussões relacionadas à existência de responsabilidade so-

lidária entre o autor da ofensa e aquele que consta no polo passivo da controvérsia, em razão da relação de preposto. 5. Recurso especial conhecido e provido.
(REsp 1704525/AP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017) (grifei)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 1042 DO CPC) - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DOS RÉUS.
1. *A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a existência de processo criminal, no qual se apura a autoria do delito, é causa impeditiva da prescrição, nos termos do artigo 200 do Código Civil: "Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva"*. Incidência Súmula 83 do Superior Tribunal de Justiça.
2. Não sendo a linha argumentativa apresentada pela agravante capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados na decisão agravada, essa deve ser mantida integralmente em seus próprios termos.
3. Agravo interno desprovido.
(AgInt no AgInt no AREsp 1036857/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 24/08/2017) (grifei)

Além disso, no caso em apreço, a relação entre as partes (paciente e médico) é consumerista, sendo aplicável o prazo prescricional de cinco anos, previsto no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, a jurisprudência pátria:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO DANO. ACÓRDÃO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.
1. *Nos termos da jurisprudência desta Corte, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços médicos, inclusive o prazo prescricional previsto no artigo 27 da Lei 8.078/1990*. Incidência da Súmula 83/STJ.
2. A alteração do entendimento adotado pela Corte de origem, acerca da data em que ocorreu a ciência inequívoca da ocorrência de erro médico, dando início à contagem do prazo prescricional quinquenal, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada na via estreita do recurso especial, conforme o óbice previsto no enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal Superior.
3. Razões recursais insuficientes para a revisão do julgado. 4. Agravo interno desprovido.
(AgInt no AREsp 1127015/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 27/10/2017) (grifei)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL CIVIL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. ERRO MÉDICO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 27 DO CDC. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO. PRECEDENTES. SÚMULA Nº 83 DO STJ. TERMO INICIAL. CIÊNCIA DA IRREVERSIBILIDADE DO DANO. REFORMA. SÚMULA Nº 07 DO STJ AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...)
2. A orientação jurisprudencial desta Corte é de que o prazo para a ação de reparação do dano material, moral e estético decorrente de erro médico é o de 5 (cinco) anos previsto no art. 27 do CDC. 3. Alterar a conclusão do Tribunal *a quo* quanto ao momento em que o agravado tomou ciência da ocorrência de erro médico demandaria o reexame do conjunto

> fático-probatório, o que atrai o óbice da Súmula nº 7 do STJ. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg. no AREsp. 626.816/SP, Relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 7.6.2016, DJe 10.6.2016) (grifei)

Destarte, considerando que o ajuizamento da presente demanda (18.11.2002) se deu em momento anterior ao julgamento definitivo da ação penal nº 0009422-89.2000.8.12.0001, que tramitou perante a 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, não há se falar em prescrição do pleito indenizatório.

Pois bem. Passo ao exame do mérito.

Narra a exordial que a autora, em 01.02.1996, submeteu-se à cirurgia plástica para a redução dos seios e correção do perfil do nariz, realizada pelo réu Alberto Jorge Rondon de Oliveira, o qual havia lhe garantido o completo embelezamento físico.

No entanto, após a intervenção cirúrgica, a autora notou que o contorno de seu nariz havia sido alterado (nariz de coruja) e que existiam cicatrizes deformantes em seus seios, causando-lhe, inclusive, dores e falta de sensibilidade no local.

Em decorrência da cirurgia malsucedida, a autora sofreu angústia e humilhação até mesmo na vida conjugal, que culminou no término do seu casamento.

Sabe-se, com efeito, que, em se tratando de cirurgia estética com caráter embelezador, o médico cirurgião plástico assume obrigação de resultado, com o propósito de atender as expectativas do paciente, diferentemente de uma cirurgia plástica reparadora, cujo objetivo é corrigir cicatrizes decorrentes de acidente ou defeito congênito, em que o resultado é de meio.

Deste modo, a responsabilidade do réu Alberto Rondon é objetiva, cabendo ao profissional demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante o procedimento, sendo que o uso da técnica adequada na cirurgia estética não é suficiente para isentá-lo do não cumprimento de sua obrigação.

A respeito do tema, colaciono o seguinte precedente do e. Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. RENOVAÇÃO DO PEDIDO NA VIA ESPECIAL. DESNECESSIDADE. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CIRURGIA PLÁSTICA. *RESPONSABILIDADE OBJETIVA*. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. PROFISSIONAL QUE DEVE AFASTAR SUA CULPA MEDIANTE PROVA DE CAUSAS DE EXCLUDENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
> 1. Nos termos da jurisprudência mais recente desta Corte, não há mais necessidade de o recorrente renovar o pedido de concessão do benefício da assistência judiciária gratuita na interposição do recurso especial se ele já vem litigando sob o pálio da justiça gratuita.
> 2. *Possuindo a cirurgia estética a natureza de obrigação de resultado cuja responsabilidade do médico é presumida, cabe a este demonstrar existir alguma excludente de sua responsabilização apta a afastar o direito ao ressarcimento do paciente.*
> 3. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no REsp 1468756/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 24/05/2016) (grifei)

Ademais, como se extrai dos autos, o réu não costumava acompanhar o pós-operatório de suas pacientes e, muitas vezes, se furtava a encontrá-las, delegando à sua secretária a função de retirar os pontos cirúrgicos (f. 688-697).

A responsabilidade do Conselho Regional de Medicina de Mato Grosso do Sul, por sua

vez, decorre da falta de fiscalização dos profissionais de sua região, prevista no artigo 15, "c", da Lei nº 3.268/57, haja vista que o réu Alberto Rondon não possuía especialização em cirurgia plástica, embora divulgasse livremente o contrário, como se vê no cartão de visita acostado à f. 41.

Logo, não há dúvidas de que a omissão do Poder Público foi determinante para a ocorrência do resultado lesivo à autora, devendo o CRM/MS ser responsabilizado objetivamente no caso em tela, com fundamento na teoria do risco administrativo.

Deveras, caso o registro profissional do réu houvesse sido cassado no início, não só a autora, mas outras pacientes não teriam sido vítimas do réu Alberto Rondon, de sorte que o reconhecimento da solidariedade entre o CRM/MS e o profissional médico é medida que se impõe.

Há que se destacar, ainda, que o Ministério da Saúde, a Secretaria Estadual de Saúde e o Hospital Universitário de Campo Grande realizaram um acordo para possibilitar que as vítimas mais graves do Dr. Rondon fossem submetidas a uma cirurgia corretiva pela equipe de médicos pertencente à Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP); a autora, aliás, estava entre elas.

De fato, o Presidente da SBCP, Farid Hakme, declarou que o réu "deveria voltar à faculdade e estudar Medicina de novo", pois "o que aconteceu no Mato Grosso do Sul nunca ocorreu, pela quantidade de vítimas, em nenhum lugar do mundo" (f. 444).

In casu, o acervo probatório respaldado em fotografias, matérias jornalísticas e laudo pericial (f. 35-36) demonstra a existência de lesões e cicatrizes pelo corpo da autora, evidenciando os danos materiais, morais e estéticos.

Mais do que evidente, portanto, que a situação vivida pela autora implicou efetivo abalo psíquico, capaz de ensejar reparação por dano moral, bem como resultou em deformidades no seu corpo, o que lhe garante indenização por danos estéticos.

Em caso semelhante, esta Terceira Turma seguiu o mesmo entendimento:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CUMULAÇÃO DE DANOS MORAL, ESTÉTICO E MATERIAL. OMISSÃO DO CONSELHO MEDICINA NÃO COMPROVADO.
> 1- Tratam-se de apelações cíveis interpostas pela autora e pelo co-réu Alberto Rondon em face da sentença, que, em sede de ação de conhecimento pelo rito ordinário, julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o co-réu Alberto ao pagamento de indenização a título de danos moral e estético, decorrente de erro médico.
> 2- O réu tem o ônus de elucidar e comprovar o que é que pretendeu reparar, evidenciando a necessidade de sua intervenção, a fim de justificar que a obrigação era mesmo de meio, porém, nada esclareceu nesse sentido em sua defesa.
> 3- *Na hipótese dos autos não se admite falar em obrigação de meio, pois o apelante, por se apresentar como especialista em cirurgia plástica assumiu a obrigação de resultado, devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade no procedimento cirúrgico.*
> 4- *Os danos da autora restaram comprovados pelas fotos de fls. 23/24 e pelo laudo pericial de fl. 297, revelando que o resultado da cirurgia plástica efetuada pelo co-réu Alberto Rondon foi inadequado e imperito, causando sérias deformidades e cicatrizes pronunciadas na paciente, agravando-se a pela negligência do mesmo, ante a falta do devido acompanhamento pós-operatório.*
> 5- Verificado a existência do nexo de causalidade entre a conduta do réu cirurgião e a ocorrência dos danos suportados pela autora, afastando a tese aventada pelo réu no que diz respeito

> às causas diversas excludentes de sua responsabilidade, porquanto o réu não demonstrou que, efetivamente, tenha realizado qualquer procedimento para investigar a predisposição da paciente ao desenvolvimento de cicatrizes anormais ou preveni-las no pós-operatório. (...)
> 8- Apelação do réu e da autora parcialmente providas.
> (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1331648 - 0001565-85.2001.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 18/04/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/05/2013) (grifei)

Outrossim, a gravidade dos fatos ensejou o ajuizamento da Ação Civil Pública nº 0001674-02.2001.4.03.6000, que, em grau de recurso, reconheceu a responsabilidade de Alberto Jorge Rondon de Oliveira e do CRM/MS, e condenou-os, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos materiais, morais e estéticos às vítimas. Veja-se:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA CRIMINAL IRRECORRÍVEL. MPF. INTERESSE DE AGIR. CRM/MS. DEVER DE FISCALIZAR. RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO.
> I. Ajuizada ação civil pública em desfavor de Alberto Jorge Rondon de Oliveira e do Conselho Regional de Medicina do Estado do Mato Grosso do Sul - CRM/MS, foi proferida sentença extinguindo o feito sem resolução do mérito no tocante ao pedido de condenação do ex-médico no dever de reparar os danos materiais, morais e estéticos causados às suas pacientes, em decorrência de deformidades que lhes foram ocasionadas, considerando o juízo "a quo" ser o MPF carecedor de ação por faltar-lhe interesse de agir, pois as referidas vítimas já estariam acobertadas pelo título executivo resultante da condenação criminal em definitivo do réu. (...)
> III. *Comprovada nos autos a conduta ilícita perpetrada por Alberto Rondon e o nexo causal com os resultados desastrosos obtidos com as cirurgias realizadas em suas ex-pacientes, condeno Alberto Jorge Rondon de Oliveira a indenizar todas as suas ex-pacientes, pelos danos materiais, morais e estéticos causados, devendo as interessadas habilitarem-se em sede de liquidação de sentença por artigos, a fim de demonstrar os danos sofridos.*
> IV. *Nos termos do art. 15, alínea "c", da lei nº 3.268/57, é dever do Conselho Regional de Medicina fiscalizar a atuação dos médicos com exercício na respectiva região.*
> V. Consta dos autos ter o CRM/MS sido notificado, pela primeira vez, acerca das imperícias médicas de Alberto Rondon no ano de 1992. A despeito disso, o Conselho apenas decidiu pela cassação do diploma e registro profissional do então médico em 17 de fevereiro de 2001, decisão essa confirmada pelo Conselho Federal de Medicina em 11 de abril do ano seguinte. *Da atuação tardia do CRM/MS - quase uma década após ter sido primeiramente notificado - decorreu diretamente a causação do dano em inúmeras vítimas, atendidas por Alberto Rondon, nesse ínterim. Concorrendo o CRM/MS com a pessoa responsável para o resultado danoso (seja por negligência ou por omissão administrativa), haverá a solidariedade, pois agiu o Conselho com culpa in omittendo ou in vigilando.* Mantida a condenação do CRM/MS a solidariamente indenizar os danos materiais, morais e estéticos causados às ex-pacientes de Alberto Rondon em montante a ser apurado em liquidação de sentença.
> VI. Não são devidos honorários ao Ministério Público, quando vencedor na ação civil pública. Precedentes do STJ.
> VII. Não conheço do agravo, convertido em retido, interposto por Alberto Jorge Rondon de Oliveira, contra a decisão do juízo "a quo" que ratificou todos os atos praticados perante a Justiça Estadual, por ausência de reiteração; nego provimento ao agravo retido interposto por Alberto Rondon contra a decisão que indeferiu a oitiva do perito em juízo; dou parcial provimento à apelação do MPF, para condenar o réu Alberto Rondon a indenizar as suas ex-pacientes pelos danos materiais, morais e estéticos causados, em montante a ser apurado em liquidação de sentença e nego provimento às apelações de Alberto Jorge Rondon de Oliveira

e do Conselho Regional de Medicina - CRM/MS.
(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1456511 - 0001674-02.2001.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 26/07/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/08/2012) (grifei)

No que diz respeito ao sobrestamento do feito, o pedido não encontra respaldo legal, além do que, eventual decisão proferida nos autos da ação coletiva não vincula este Relator no julgamento da presente demanda.

À vista disso, e diante da possibilidade de cumulação das indenizações de danos morais e estéticos (Súmula nº 387 STJ), há que se atentar para o *quantum* indenizatório a ser fixado no caso *sub judice*. Para isso, deve-se observar a proporcionalidade à ofensa, a condição social e a viabilidade econômica do ofensor e do ofendido, além de não poder acarretar enriquecimento sem causa, nem representar valor irrisório.

Neste ponto da análise, a indenização por dano estético deve ser arbitrada em R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) e a reparação por dano moral em R$ R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), valores estes compatíveis ao resultado lesivo suportado pela autora.

Em relação aos danos de ordem material, consubstanciados no pagamento de honorários médicos, cumpre asseverar que o réu Alberto Rondon não impugnou na contestação o seu valor, tendo alegado apenas que não se recordava qual havia sido a soma recebida da autora.

O réu, assim, deixou de observar o princípio da eventualidade, segundo o qual toda a matéria de defesa deve ser arguida na contestação. Por conseguinte, presume-se verdadeiro o valor de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) apontado na inicial.

Note-se que, se o réu não nega a existência do pagamento e tampouco questiona o valor indicado pela parte autora, a questão resta incontroversa nos autos, sendo desnecessária, portanto, a exigência de qualquer prova documental nesse sentido, conforme disposto no artigo 334, III, do CPC/1973.

No tocante aos consectários legais, cumpre registrar que, no dia 22.02.2018, a 1ª seção do STJ julgou repetitivo (REsp 1.492.221) que discutia a aplicabilidade do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09, em relação às condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora.

Consignou-se no julgamento que, as condenações judiciais de natureza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: "(a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E".

Assim, *in casu*, os juros de mora devem incidir a partir da citação e a correção monetária a partir do arbitramento, com base nos índices acima mencionados.

Por fim, inverto o ônus de sucumbência e, com supedâneo no artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC/1973, condeno os réus de forma solidária em verba honorária a ser fixada no importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Ante o exposto, *DOU PROVIMENTO* à apelação para condenar os réus, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos materiais, morais e estéticos à autora.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0001390-09.2006.4.03.6100
(2006.61.00.001390-3)

Apelante: IRINEU RAMOS DOS SANTOS
Apelada: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SEÇÃO SP
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: Ap 292355
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/10/2018

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PROCESSO ÉTICO DISCIPLINAR. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. LEGALIDADE DA PENALIDADE IMPOSTA. AUSÊNCIA DE CARÁTER PERPÉTUO.
1. O recorrente volta-se única e exclusivamente contra a penalidade que lhe foi fixada pelo respectivo Conselho de Ética, sob a alegação de que a sentença proferida desborda dos limites legais, eis que o Supremo Tribunal Federal já decidiu no sentido de impossibilidade de perpetuação da pena.
2. O recorrente cometeu duas infrações éticas graves, imorais, mesmo para alguém que exerce um *munus publico*, importantíssimo para o adequado, justo e reto aprimoramento e manutenção do Estado Democrático de Direito: a advocacia.
3. Está comprovado que o apelante, advogado de Maria Panaia Hijazi, vítima de acidente de trânsito, celebrou acordo nos autos perante a 3ª Vara Cível de Piracicaba, tendo levantado o valor de total de R$ 6.069,26 (seis mil e sessenta e nove reais e vinte e seis centavos), conforme fls. 44, dele se apropriando indevidamente e negando-se a prestar contas à sua cliente.
4. *In casu*, a pena foi bem fixada não possuindo caráter perpétuo, eis que o termo *a quo* é a data do recebimento e apropriação desse valor que não lhe pertencia e o termo *ad quem*, a data da prestação de contas e devolução do valor por ele levantado.
5. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 05 de setembro de 2018.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Cuida-se de recurso de apelação interposto por *IRINEU RAMOS DOS SANTOS* contra sentença proferida em autos de mandado de segurança impetrado em face do Presidente da 2ª Turma do Tribunal de Ética da OAB/SP, objetivando a anulação do processo disciplinar, bem como a sanção disciplinar que lhe foi imposta, sob a alegação de sua inconstitucionalidade por ser pena de duração perpétua.

A r. sentença recorrida, denegou a sentença julgando improcedente o pedido.

Em razões de apelação, o recorrente volta-se única e exclusivamente contra a penalidade que lhe foi fixada pelo respectivo Conselho de Ética, sob a alegação de que a sentença proferida desborda dos limites legais, eis que o Supremo Tribunal federal já decidiu no sentido de impossibilidade de perpetuação da pena. Afirma ainda que a pena foi fixada com caráter de perpetuidade e que está condicionada a evento incerto e imprevisível, no caso, até a efetiva e real prestação de contas, o que contraria a garantia constitucional.

Pede a reversão do julgado.

Contrarrazões da autoridade indigitada coatora às fls. 379 e da OAB-SP, admitida como assistente litisconsorcial às fls. 381.

Nesta Corte o d. órgão do MPF manifesta-se pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Não merece reparos a r. sentença.

Deveras, examinando a documentação acostada aos autos da presente ação mandamental percebe-se claramente que o órgão de classe, por seu Tribunal de Ética, não amesquinhou quaisquer princípios constitucionais, ao proceder à apuração e julgamento das infrações cometidas pelo recorrente.

Ao contrário, verificando que a notificação do acusado havia sido erroneamente remetida para endereço equivocado, refez todo o procedimento notificatório. Indicou-se defensor, o contraditório e a ampla defesa foi-lhe assegurada.

Ocorre que contra fatos não há argumentos.

O recorrente cometeu duas infrações éticas graves, imorais, mesmo para alguém que exerce um *munus publico*, importantíssimo para o adequado, justo e reto aprimoramento e manutenção do Estado Democrático de Direito: a advocacia.

Conhecedor (assim se espera que o seja) das leis deste país, não há como alegar ignorância no cumprimento de seus deveres, na defesa dos interesses de seus constituintes.

A Lei 8.906/94, que se traduz no Estatuto da Advocacia, afirma no art. 34, incisos XX e XXI, constituir infração disciplinar:

> XX- locupletar-se, por qualquer forma, à custa do cliente ou da parte adversa, por si ou por pessoa interposta;
> XXI- recusar-se, injustificadamente, a prestar contas ao cliente de quantias recebidas dele ou de terceiros por conta dele;

Na hipótese dos autos, o recorrente jamais compareceu a qualquer ato do processo ad-

ministrativo disciplinar, quer para defender-se ou mesmo justificar o ato praticado.

Ao revés, está comprovado que o apelante, advogado de Maria Panaia Hijazi, vítima de acidente de trânsito, celebrou acordo nos autos perante a 3ª Vara Cível de Piracicaba, tendo levantado o valor de total de R$ 6.069,26 (seis mil e sessenta e nove reais e vinte e seis centavos), conforme fls. 44, dele se apropriando indevidamente e negando-se a prestar contas à sua cliente.

Ora, a infração de tais dispositivos legais levou à aplicação da *pena de suspensão por 30 (trinta) dias, prorrogável até a satisfação da dívida e prestação de contas.*

Inacreditável que venha o recorrente ao Judiciário para afirmar com toda a languidez às fls. 369, último parágrafo, que "*a pena como fixada, tem caráter perpétuo sim, não há termo, mas sim, condicionada a evento incerto e imprevisível, até a efetiva e real prestação de contas, contrariando a garantia constitucional.*"

Como assim, condicionada a evento incerto e imprevisível?

Depreende-se, pois, que o recorrente não deseja pagar, acertar as contas dos valores dos quais criminosa e afrontosamente se apropriou de pessoa humilde, que por azar dela o procurou?

A pena foi bem fixada. Didaticamente: não é perpétua, eis que o termo *a quo* é a data do recebimento e apropriação desse valor que não lhe pertencia e o termo *ad quem*, a data da prestação de contas e devolução do valor por ele levantado.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE:

O apelante questiona a constitucionalidade da penalidade que lhe foi imposta pela OAB. O órgão profissional, após o devido processo legal, aplicou-lhe a pena de suspensão pelo prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável até a efetiva e real prestação de contas, inclusive com correção monetária, por infrações dos incisos XX, XXI do artigo 34, nos termos do artigo 37, inciso I e § 2º, de seu estatuto.

O fundamento da irresignação é a violação ao artigo 5º, inciso XLVII, letra "b", da Constituição, ou seja, o caráter perpétuo da sanção.

O vocábulo "perpétuo" significa simplesmente que dura para sempre e a garantia constitucional significa que ninguém será submetido a penas de caráter perpétuo.

A sanção que foi aplicada ao impetrante é a suspensão até que preste contas a seu cliente. Não alegou a impossibilidade de fazê-lo tampouco usou de meios judiciais para infirmar sua necessidade. Logo, o término do ato punitivo depende exclusivamente da vontade do apelante. A garantia constitucional existe para aqueles que, queiram ou não, deverão cumprir a penalidade para o todo sempre, que não é o caso dos autos.

Ante o exposto, voto para acompanhar a Sra. Relatora.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL
0009067-07.2008.4.03.6105
(2008.61.05.009067-7)

Parte autora: LAÉRCIO ANTÔNIO PALMIRO
Parte Ré: CIA. PAULISTA DE FORÇA E LUZ - CPFL
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA
Classe do Processo: ReeNec 316844
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/10/2018

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. AUSÊNCIA DE INADIMPLEMENTO DE CONTAS EM ANDAMENTO. SUPOSTA OCORÊNCIA DE FRAUDE.
1. O C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da possibilidade do corte de energia elétrica diante do inadimplemento de conta regular pelo consumidor, previamente notificado da pendência financeira, na forma do art. 6º, §3º, inc. II, da Lei nº 8987/95, ressalvados os casos dos estabelecimentos prestadores de serviço público. No entanto, quando se tratar de dívida pretérita, o corte de energia elétrica não é possível, tendo em vista dispor a concessionária de meios ordinários de cobrança.
2. Da análise das informações prestadas pela autoridade impetrada, verifica-se que a questão motivadora do corte de fornecimento de energia elétrica no imóvel do impetrante foi suposta irregularidade encontrada no relógio medidor, que teria gerado um débito atrasado, pela medição menor da energia efetivamente fornecida.
3. Embora não haja nos autos documentos que comprovem que o impetrante não residia naquele imóvel e que os débitos, em razão da irregularidade, são de terceiros, a cobrança de supostas diferenças, no caso de comprovada adulteração alegada, deve ser resolvida na via própria. Não se tratando de inadimplemento de contas em andamento, não há que se falar em corte de energia.
4. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 03 de outubro de 2018.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Laercio Antônio Palmiro em face do Presidente da Companhia Paulista de Força e Luz - CPFL objetivando a religação do fornecimento de energia elétrica.

Sustenta o impetrante que não está inadimplente com as contas regulares de energia elétrica, que desconhece a irregularidade no medidor e que no período de apuração da irregularidade (novembro/2006) não residia no imóvel, sendo que este permaneceu locado no período de 2003/2006.

A autoridade coatora prestou informações às fls. 54/77.

A liminar foi deferida às fls. 93/95, para determinar à autoridade impetrada a continuidade do fornecimento de energia elétrica ao impetrante.

Por meio de sentença, o MM Juízo *a quo* julgou procedente a ação, concedendo a segurança, confirmando a liminar. Sem condenação em honorários advocatícios a teor das Súmulas 512 do STF e 105 do STJ (fls. 112/113).

Sem recursos voluntários, subiram os autos por força da remessa oficial.

O Ministério Público Federal, em seu parecer nesta instância, manifesta-se pelo prosseguimento do feito (fls. 143/145).

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Trata-se de mandado de segurança na qual busca o impetrante provimento jurisdicional que restabeleça o fornecimento de energia elétrica em imóvel de sua propriedade.

Da análise das informações prestadas pela autoridade impetrada, verifica-se que a questão motivadora do corte de fornecimento de energia elétrica no imóvel do impetrante foi suposta irregularidade encontrada no relógio medidor, que teria gerado um débito atrasado, pela medição menor da energia efetivamente fornecida.

O C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da possibilidade do corte de energia elétrica diante do inadimplemento de conta regular pelo consumidor, previamente notificado da pendência financeira, na forma do art. 6º, §3º, inc. II, da Lei nº 8.987/95, ressalvados os casos dos estabelecimentos prestadores de serviço público. Confira-se:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ENERGIA ELÉTRICA. UNIDADES PÚBLICAS ESSENCIAIS, COMO SOEM SER HOSPITAIS; PRONTO-SOCORROS; ESCOLAS; CRECHES; FONTES DE ABASTECIMENTO D'ÁGUA E ILUMINAÇÃO PÚBLICA; E SERVIÇOS DE SEGURANÇA PÚBLICA. INADIMPLÊNCIA. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO. SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL.
> 1. A suspensão do serviço de energia elétrica, por empresa concessionária, em razão de inadimplemento de unidades públicas essenciais - hospitais; pronto-socorros; escolas; creches; fontes de abastecimento d'água e iluminação pública; e serviços de segurança pública -, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, despreza o interesse da coletividade.
> 2. É que resta assente nesta Corte que: "O princípio da continuidade do serviço público assegurado pelo art. 22 do Código de Defesa do Consumidor deve ser obtemperado, ante a exegese do art. 6º, § 3º, II da Lei nº 8.987/95 que prevê a possibilidade de interrupção do

fornecimento de energia elétrica quando, após aviso, permanecer inadimplente o usuário, considerado o interesse da coletividade. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público (...)" RESP 845.982/RJ.
3. Deveras, não se concebe a aplicação da legislação infraconstitucional, *in casu*, art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95, sem o crivo dos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República como previsto na Constituição Federal.
4. *In casu*, o acórdão recorrido (RESP 845.982/RJ), de relatoria do Ministro Castro Meira, Segunda Turma, decidiu pela impossibilidade de interrupção no fornecimento de energia elétrica das unidades de ensino do Colégio Pedro II, autarquia federal que presta serviço educacional, situado na Cidade do Rio de Janeiro, consoante se infere do voto-condutor: "(...) Entretanto, *in casu*, a concessionária pretende interromper o fornecimento de energia elétrica das unidades de ensino do Colégio Pedro II, autarquia federal que presta serviço educacional a 'aproximadamente quinze mil alunos'. Ainda que a falta de pagamento por pelos entes públicos deva ser repudiada, neste caso, a Corte regional que, ao tempo em que proibiu o corte da energia , também determinou que a verba seja afetada para o pagamento do valor devido, se for o caso, pela requisição de complementação orçamentária. Nas hipóteses em que o consumidor seja pessoa jurídica de direito público, prevalece nesta Turma a tese de que o corte de energia é possível, desde que não aconteça de forma indiscriminada, preservando-se as unidades públicas essenciais (...) Ressalto que a interrupção de fornecimento de energia elétrica de ente público somente é considerada ilegítima quando atinge necessidades inadiáveis da comunidade, entendidas essas - por analogia à Lei de Greve - como 'aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população' (art. 11, parágrafo único, da Lei nº 7.783/89), aí incluídos, hospitais, prontos-socorros, centros de saúde, escolas e creches (...)". O acórdão paradigma (RESP 619.610/RS), de relatoria do Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, examinando hipótese análoga, decidiu pela possibilidade de corte no fornecimento de energia elétrica , em razão de inadimplência , em se tratando de Estado-consumidor, mesmo no caso de prestação de serviços públicos essenciais, como a educação, *verbis*: "(...) Com efeito, ainda que se trate o consumidor de ente público, é cabível realizar-se o corte no fornecimento de energia elétrica , mesmo no caso de prestação de serviços públicos essenciais, como a educação, desde que antecedido de comunicação prévia por parte da empresa concessionária, a teor do art. 17 da Lei nº 9.427/96. Tal entendimento se justifica em atendimento aos interesses da coletividade, na medida em que outros usuários sofrerão os efeitos da inadimplência do Poder Público, podendo gerar uma mora continuada, assim como um mau funcionamento do sistema de fornecimento de energia (...)".
5. Embargos de Divergência rejeitados.
(STJ, ERESP - EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL - 845982, 1ª Seção, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE DATA: 03/08/2009).

No entanto, quando se tratar de dívida pretérita, o corte de energia elétrica não é possível, tendo em vista dispor a concessionária de meios ordinários de cobrança. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA POR INADIMPLÊNCIA DE CONTAS. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA. IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DE SERVIÇO ESSENCIAL POR DÉBITO PRETÉRITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PEDIDO DE REDUÇÃO. AUSÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE OU ILEGALIDADE.
1. A Corte de origem julgou a lide em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual, por se tratar de serviço essencial, é vedado o corte no fornecimento do serviço de energia elétrica quando se tratar de inadimplemento de débito antigo.
2. A alteração do valor fixado a título de honorários advocatícios, em regra, escapa ao controle

do STJ, admitindo-se excepcionalmente a intervenção do STJ, nas hipóteses em que a quantia estipulada revela-se irrisória ou exagerada. Precedentes. No caso dos autos, os honorários foram fixados em R$ 1.000,00 (um mil reais), pelo que não se verifica nenhuma desproporcionalidade ou ilegalidade.
3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.
(REsp 1658348/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 16/06/2017)

É o caso dos autos. Embora não haja nos autos documentos que comprovem que o impetrante não residia naquele imóvel e que os débitos, em razão da irregularidade, são de terceiros, a cobrança de supostas diferenças, no caso de comprovada adulteração alegada, deve ser resolvida na via própria.

Assim, não se tratando de inadimplemento de contas em andamento, não há que se falar em corte de energia.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0000735-23.2009.4.03.6006
(2009.60.06.000735-9)

Apelante: LEONARDO ALVES DELGADO
Apelada: UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL – UFMS
Parte Ré: EDUARDO VELASCO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE NAVIRAÍ - MS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI
Classe do Processo: Ap 2283038
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/09/2018

EMENTA

APELAÇÃO CIVIL. DANO MORAL. PACIENTE SUBMETIDO A PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. PROCESSO INFECCIOSO. COMPROVADO. PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO. COMPROVADA. USO DE PRÓTESE OCULAR. DEMONSTRADA. ALTA HOSPITALAR A PEDIDO. NÃO COMPROVADA. IMPORTÂNCIA DO TRATAMENTO MEDIANTE INTERNAÇÃO. DEMONSTRADO. DANO E EVENTO DANOSO. COMPROVADOS. CONDUTA DOS RÉUS E NEXO DE CAUSALIDADE. DEMONSTRADOS. DEVER DE INDENIZAR. CONFIGURADO. APELAÇÃO PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA.

1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pela perda do olho direito do autor, quando tinha um ano e seis meses de idade, em face de complicações ocorridas após procedimento cirúrgico de catarata congênita, deve ser atribuída aos réus, ensejando a condenação no dever de indenizar por danos materiais e morais.

2. O dano efetivamente restou comprovado. O autor perdeu o globo ocular direito, que foi extraído em face de grave infecção detectada após o procedimento cirúrgico de catarata congênita, promovida pelo primeiro réu, nas dependências do segundo réu, passando a usar prótese ocular, tudo devidamente documentado e comprovado nos autos, inclusive por perícia medida produzida em juízo.

3. A alta médica solicitada deve estar documentada e oficialmente requerida pelo paciente ou por seu responsável, justamente para que o seu signatário assuma a responsabilidade pela evolução do quadro clínico do paciente, lembrando que esta pessoa deve estar, comprovadamente, ciente de todas as informações médicas relativas ao estado de saúde e das consequências dessa alta antecipada.

4. Era indispensável, segundo a perícia médica produzida em juízo, que o autor permanecesse internado no hospital, para que tivesse o correto atendimento e os cuidados médicos necessários para evitar o avanço do processo infeccioso que resultou na perda do globo ocular direito e os réus concederam a alta médica, contrariando o tratamento que deveria ter sido feito, afirmação que se faz porque não ficou comprovada nos autos a tese dos réus de que a alta foi requerida e concedida a pedido dos responsáveis pelo paciente.

5. Assim, não há como não reconhecer o nexo de causalidade entre a conduta dos réus, o evento danoso e o resultado. Configurado, portanto, o dever de indenizar por danos morais e materiais.

6. Dá-se provimento à apelação do autor, para reformar a r. sentença e condenar os réus, solidariamente, no dever de indenizar por danos materiais e morais.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação do autor, para reformar a r. sentença e condenar os réus, solidariamente, no dever de indenizar por danos materiais e morais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de setembro de 2018.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (relatora):

Trata-se de apelação interposta por LEONARDO ALVES DELGADO, em face da r. sentença de improcedência, proferida nesses autos de ação de indenização por danos materiais e morais, promovida por LEONARDO ALVES DELGADO, representado por sua mãe ROSICLER ALVES, contra os réus, pessoa física, EDUARDO VESLACO e, pessoa jurídica, HOSPITAL DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL.

A petição inicial, inicialmente ajuizada perante a Justiça Comum do Estado Do Mato Grosso do Sul, posteriormente distribuída à 1ª Vara Federal de Naviraí/MS (fls. 02/10) veiculou, em suma, o seguinte: informa que no dia 11/06/1999, o autor, então com 10 meses de idade, foi diagnosticado com catarata congênita no olho direito, dando início ao tratamento pelo SUS; informa que ao completar um ano e seis meses foi submetido a uma intervenção cirúrgica para a retirada da catarata, procedimento realizado pelo médico requerido, nas dependências do segundo requerido; afirma que após a cirurgia o autor apresentava febre e o olho vermelho, tendo procurado o primeiro requerido que não o atendeu e sugeriu o seu encaminhamento a outro especialista; aduz que procurou outro profissional que concluiu que o problema era decorrente da cirurgia; ressalta que depois de muita insistência o segundo requerido atendeu o autor, constatou o problema e fez novo curativo, que alega não ter apresentado resultado positivo; informa que, em razão disso, o autor foi novamente internado, por apresentar infecção no local da cirurgia; sustenta que o remédio prescrito pelo médico no hospital somente foi dado ao autor porque sua mãe comprou; afirma que os problemas continuaram e o primeiro requerido passou a atender de forma particular o autor ao custo de R$ 50,00 cada consulta, em razão da paralização dos serviços do SUS; ressalta que a cada consulta o médico afirmava que o autor recuperaria o olho operado; relata que por questões financeiras teve que contratar um plano de saúde e na pericia inicial o médico constatou a perda completa do olho do autor; em face disso outro médico foi consultado e confirmou o diagnóstico; afirma que foi necessária a extração do globo ocular e a colocação de uma prótese; e destaca que a manutenção da prótese tem um custo anual regular e alto.

Ao final, o autor requer indenização por danos morais e materiais.

Deferido o benefício da Justiça Gratuita à fl. 39.

Contestação do HOSPITAL às fls. 50/59, na qual requereu a remessa dos autos à Justiça

Federal. Deferido o pedido às fls. 94/95. Redistribuído à fl. 101.

Aberta a oportunidade para especificação de provas a produzir (fl. 101). O autor requereu a produção de prova testemunhal e pericial (fls. 104/105). Deferidas à fl. 112. Laudo Pericial juntado às fls. 233/238. Impugnação do Laudo pelo Hospital à fl. 243v e pelo autor às fls. 252/253. Deferida nova perícia à fl. 256. Laudo Pericial juntado às fls. 291/292.

Devidamente citado/intimado (Certidão de fl. 43v), foi decretada a revelia de Eduardo Velasco à fl. 108. Nomeado advogado dativo à fl. 151.

Manifestação do Ministério Público Federal às fls. 302/303.

Sobreveio a r. sentença (fls. 307/309v) que julgou improcedentes os pedidos iniciais, na forma do dispositivo abaixo transcrito, em seus trechos essenciais:

> [...]
> Em que pese ter ocorrido a revelia do Primeiro Requerido, Eduardo Veslaco, não há que se falar em ocorrência dos seus efeitos diante da aplicação do disposto no artigo 345, I do CPC/2015 e artigo 320, I do CPC/1973.
> [...]
> No caso em cotejo, o Autor não se desincumbiu do ônus probatório para constituição de seu direito, na forma estipulada pelo artigo 373, I do Código de Processo Civil, pois não comprovou as alegações tecidas na vestibular, principalmente a negativa de atendimento por parte do Primeiro Requerido, recebimento de alta médica antes do término do tratamento que objetivava sanar a infecção que afligia o olho operado, cobranças de consultas particulares ou manutenção das esperanças quanto ao restabelecimento da visão quando o olho já não possuía recuperação.
> O documento de fls. 17, cartão de identificação com datas de agendamento de consultas do Requerente, aponta que houve atendimento nos dias 14/02/2000, 15/02/2000, 07/04/2000, 17/05/2000 e 06/11/2000, além desses atendimentos a cópia do prontuário comprova que houve internação no interregno de 28/02/2000 a 01/03/20000 (fls. 91/93).
> [...]
> No entanto, diversamente do explanado na exordial, não houve alta médica, a alta ocorreu por pedido da família no transcurso do tratamento, situação que configura abandono do tratamento oferecido pelos Requeridos.
> Posteriormente, novamente contrariando o exposto na vestibular, denota-se do cartão com agendamento de consultas (fls. 17) que o atendimento continuou sendo prestado na rede pública pelos Requeridos, afastando indícios que comprovem a cobrança pelas consultas.
> Outro fato que robustece a conclusão de que o tratamento do Requerente foi efetivado exclusivamente na rede pública de saúde é a consulta de novembro de 2000, eis que após um longo período sem qualquer consulta no cartão mencionado (fl. 17), período que segundo a exordial o Primeiro Requerido teria realizado atendimento particulares, subitamente e, sem qualquer razão aparente, teria havido mudança de procedimento pelo Primeiro Requerido e este voltou a atender na rede pública, situação que não encontra embasamento nos documentos coligidos ao feito.
> Ademais, os argumentos tecidos na exordial não prevalecem quando se realiza o cotejo entre a data da última consulta constante no cartão de fls. 17 e o laudo pericial preparado pelo plano de saúde, o laudo foi elaborado em 23 de novembro de 2000 (fl. 28) após o atendimento na rede pública realizado em 06 de novembro de 2000, assim, não há que se falar em assinatura de plano de saúde em decorrência de insuficiência de fundos para manutenção do atendimento particular por parte do Primeiro Requerido, haja vista que o atendimento vinha sendo prestado gratuitamente pelo sistema único de saúde.
> [...]
> Desse modo, com arrimo na perícia realizada e demais provas carreadas ao feito denota-se que

> o procedimento adotado pelos Requeridos está em consonância com os parâmetros médicos, não sendo admissível afirmar que a perda da visão e extração do globo ocular é decorrência da falta de assistência médica.
> Por outro lado, o agravamento da infecção possivelmente é uma consequência da interrupção prematura da internação a pedido dos familiares do Requerente, sem que a contaminação estivesse integralmente controlada.
> Com efeito, tendo em vista que a alta foi realizada no mesmo dia do procedimento cirúrgico sequer é possível afirmar que o Requerente apresentou infecção hospitalar, haja vista que diante do pequeno lapso temporal que permaneceu no nosocômio provavelmente a infecção é decorrente de fato superveniente e externo.
> Portanto, o Requerente não demonstrou negligência ou imperícia por parte dos Requeridos quanto ao tratamento e atendimentos realizados, não merecendo guarida a pretensão de indenização por danos morais e materiais.
> [...]
> Diante do exposto, *JULGO IMPROCEDENTE* o pedido. Dou por resolvido o mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil.
> Condeno a parte autora em custas e honorários advocatícios, que fixo no percentual mínimo do § 3º do art. 85 do CPC, de acordo com o inciso correspondente ao valor atualizado da causa, observando o § 4º, II e § 5º, por ocasião da apuração do montante a ser pago. Sua exigibilidade, contudo, deverá ficar suspensa em razão do deferimento de gratuidade da justiça, nos termos do art. 98, § 3º do CPC.
> [...]
> (os destaques são do original)

Interposta apelação pelo autor que, em suas razões recursais de fls. 311/325, sustenta, em síntese, o seguinte: que o laudo pericial não se aprofunda na questão e que não é possível, somente com base nele, dizer se houve, ou não, negligência médica; sustenta que devem ser consideradas as provas testemunhais; aduz que é admissível que da prova testemunhal se tenha "pequenos contrastes e informações que devem ser sopesadas diante da própria natureza da prova, que depende da memória de sua fonte"; aduz que o médico foi negligente, sob o argumento de que não informou o que a criança tinha, atendendo-o no próprio consultório, prescrevendo medicamentos sem informar o que de fato estava ocorrendo; afirma que o único documento que diz que foi a família que pediu a alta da criança está assinado pelo primeiro réu.

Contrarrazões do Hospital às fls. 327/330.

Vieram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (relatora):

Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pela perda do olho direito do autor, quando tinha um ano e seis meses de idade, em face de complicações ocorridas após procedimento cirúrgico de catarata congênita, deve ser atribuída aos réus, ensejando a condenação no dever de indenizar por danos materiais e morais.

Vale ressaltar, inicialmente, que se trata de ação de indenização por dano, o que estabelece algumas premissas que devem ser demonstradas.

A sistemática para esse tipo de ação envolve, primeiramente, a comprovação do dano;

em seguida a inequívoca demonstração do ato danoso; depois a conduta do agente, que pode ser comissiva ou omissiva; e, por fim, a relação de causalidade entre esses três eventos: dano, ato danoso e conduta do agente.

Dito isso, passo a analisar cada uma dessas etapas a serem vencidas até se chegar à análise da responsabilidade das partes.

Na hipótese dos autos, o dano efetivamente restou comprovado. O autor perdeu o globo ocular direito, que foi extraído em face de grave infecção detectada após o procedimento cirúrgico de catarata congênita, promovida pelo primeiro réu, nas dependências do segundo réu, passando a usar prótese ocular, tudo devidamente documentado e comprovado nos autos, inclusive por perícia medida produzida em juízo (fls. 29/35, 38 e 291).

De igual modo, o evento danoso está devidamente comprovado nos autos por meio de documentos, também firmados por profissionais gabaritados para isso, ou seja, a perda do olho direito do autor se deu em razão de processo infeccioso, pós-operatório. (fls. 291/292).

Nesse passo cabe um parêntese para, com a devida vênia, dizer que a afirmação constante da r. sentença, no sentido de que "Com efeito, tendo em vista que a alta foi realizada no mesmo dia do procedimento cirúrgico sequer é possível afirmar que o Requerente apresentou infecção hospitalar, haja vista que diante do pequeno lapso temporal que permaneceu no nosocômio provavelmente a infecção é decorrente de fato superveniente e externo", é extremamente temerária, haja vista que os centros cirúrgicos dos hospitais é, reconhecidamente, um local com altíssimos índices de contaminação com consequentes processos infecciosos pós-operatórios.

Tanto é assim, que diversas instituições médicas de renome no país têm divulgado estudos a respeito do assunto que se revela uma preocupação mundial. Senão vejamos alguns exemplos e as conclusões a que chegaram:

> Revista Baiana de Enfermagem da Universidade Federal da Bahia
> https://portalseer.ufba.br/index.php/enfermagem/article/view/9085
> CONTROLE DA INFECÇÃO HOSPITALAR NO CENTRO CIRÚRGICO: REVISÃO INTEGRATIVA.
> Ubiane Oiticica Porto Reis
> Resumo
> Esse estudo tem por objetivo identificar a importância dada ao controle de infecção hospitalar no centro cirúrgico na perspectiva da equipe de enfermagem. Trata-se de um estudo do tipo revisão integrativa da literatura. Para tal, foi desenvolvido um levantamento bibliográfico focando nas pesquisas que abordasse temas sobre o Controle da Infecção em Centro Cirúrgicos na perspectiva da Equipe de Enfermagem. Após análise notou-se que há uma preocupação por parte da equipe de enfermagem em diversas perspectivas e olhares sob o controle de infecção hospitalar dentro dos centros cirúrgicos. Ressalta-se a importância da recorrência dessa discussão para sensibilizar os profissionais da enfermagem. Torna-se importante a discussão para sensibilização os profissionais da enfermagem, buscando alternativas para melhorar o processo de manejo das infecções hospitalares.
> [...]
> MADRE CIÊNCIA - SAÚDE - GRUPO MADRE TEREZA, da FACULDADE MADRE TEREZA, no AMAPÀ
> https://grupomadretereza.com.br/revista/index.php/saude/article/view/14
> INFECÇÃO HOSPITALAR NO CENTRO CIRÚRGICO: PRINCIPAIS AGENTES CAUSADORES, FATORES DE RISCOS E MEDIDAS DE PREVENÇÃO
> Alesandra Vasconcelos dos Passos, Iolanda Lúcia Gonçalves Bastos, Josielma Alves da Silva, Robson Adachi dos Santos
> Resumo

> A Infecção Hospitalar (IH) é um problema do mundo inteiro e nenhuma unidade hospitalar atinge índice zero de infecção e é preciso ter padrão de controle e critérios de fiscalização para diminuir ao máximo os riscos, visando assegurar a integridade dos pacientes principalmente em Centro Cirúrgico (CC). A presente pesquisa apresentou como objetivo identificar os principais agentes causadores, fatores de risco e medidas de prevenção de infecção hospitalar no Centro Cirúrgico (CC) do Hospital Estadual de Santana (HES), na percepção dos profissionais de saúde atuantes no local. Para tanto, realizou-se uma pesquisa de campo descritiva e exploratória com abordagem quantitativa com equipes de profissionais que atuam no Centro Cirúrgico, por meio de um questionário do tipo fechado, além de coleta de dados nos prontuários de pacientes que tenham sido submetidos a cirurgias no CC do HES no ano de 2013 e 2014. Os resultados da pesquisa mostraram que o perfil do profissional de saúde que atuam no CC do HES é 54% mulheres, a faixa etária destes profissionais está entre 31 a 50 anos de idade (76%), com 38% dos profissionais possuindo nível superior, dos quais 19% médicos e 19% enfermeiros, e 62% sendo técnicos de enfermagem. Na concepção dos profissionais que atuam no CC do HES, o maior índice de agente causadores são bactérias (81%) e os principais fatores de riscos são a falta de materiais de Equipamentos de Proteção Individual (44%). Em relação às medidas de prevenção, 44% dos profissionais acreditam que a lavagem das mãos corretamente pode prevenir IH. A partir do trabalho realizado ficou evidente que a IH apresenta-se como um grave problema de saúde pública e que representa um grande desafio a ser enfrentado pelo poder público na efetivação das ações de prevenção e controle de infecção nas instituições hospitalares. Acredita-se que o perfil dos profissionais que atuam no CC apresenta uma formação profissional que correspondem às exigências impostas pelo ambiente hospitalar, que permite a integridade dos pacientes, no entanto, as circunstâncias ambientais (estrutura do CC) e a falta de material passam a comprometer esse atendimento.

A própria ANVISA, bem como a USP, também divulgaram trabalhos extensos de pesquisa e recomendações para a área médica a respeito desse assunto:

> Anvisa
> https://www.anvisa.gov.br/servicosaude/IIseminario_2008/prevencao_deinfeccao_desitio-cirurgico_renatogrinbaum.pdf
> Infecção do sítio cirúrgico Medidas de prevenção - com 80 páginas, inclusive com referência feitas a literatura estrangeira sobre a matéria.
> Dr. Renato Satovschi Grinbaum Coordenador GE-CIH Hosp. Servidor Público Estadual Doutor em DIP - Unifesp Hosp. Beneficência Portuguesa Comitê Estadual de IH - São Paulo São Paulo
> [...]
> A Revista da Escola de Enfermagem da USP
> http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0080-62342006000200009
> Divulgou um longo relato de pesquisa chamado:
> Auxiliares e Técnicos de enfermagem e controle de infecção hospitalar em centro cirúrgico: mitos e verdades.

Ou seja, a infecção nos centros cirúrgicos ocorre com preocupante normalidade e frequência, chamando a atenção de técnicos e estudiosos de todo o mundo, razão pela qual, é perfeitamente possível que o paciente saia do centro cirúrgico já infectado, vindo a apresentar um quadro infeccioso, independentemente, portanto, do período que permaneça nas dependências do hospital.

Outro ponto que deve ser abordado e, mais uma vez peço vênia ao entendimento posto na r. sentença, no sentido de que a alta tenha sido requerida pelos familiares.

De fato, a questão da alta requerida é uma situação que, também, vem suscitando uma

série de debates e opiniões médicas e jurídicas a respeito da autonomia do paciente, versos, o compromisso médico.

A alta médica, suas implicações éticas e legais, vem sendo tema de várias manifestações envolvendo o direito à liberdade, chegando-se até a fazer menção a situações que caracterizariam cárcere privado, estabelecendo um paralelo com as questões ligadas ao dever dos profissionais da área médica de agir para garantir a saúde de seus pacientes, até porque, a alta hospitalar é ato médico personalíssimo do profissional da saúde e que põe fim a um tratamento.

No entanto, o médico ou hospital não podem impedir a saída, com interrupção do tratamento, quando essa é a vontade do paciente ou de seus familiares ou responsáveis, exceto nas hipóteses de iminente perigo de morte.

O próprio Código de Ética Médica se mostra conflitante ao tratar desse assunto, ao tempo em que ressalta a prevalência da autonomia da vontade do paciente (art. 24, 31 e 32) e afirma, de forma veemente, os princípios fundamentais que norteiam e garantem a atuação do médico, ou seja, os princípios da beneficência e da maleficência, que impõem ao profissional da saúde o dever de utilizar-se de todo o seu conhecimento e de todos os recursos disponíveis, para garantir, zelar e minimizar os danos e prejuízos possíveis ao paciente (incisos I e V do Capítulo I).

Nesse passo, cabe transcrever alguns dispositivos do mencionado Código para facilitar a composição do raciocínio:

> Código de Ética Médica - Resolução nº 1931, de 17/09/2009:
> [...]
> Capítulo I
> Princípios fundamentais
> [...]
> II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.
> [...]
> V- Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.
> [...]
> XVI - Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente.
> [...]
> XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.
> XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.
> [...]
> Capítulo II
> Direitos dos médicos
> [...]
> IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.
> [...]

> Capítulo III
> Responsabilidade profissional
> É vedado ao médico:
> [...]
> Art. 13. Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.
> [...]
> Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.
> [...]
> Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.
> Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.
> [...]
> Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.
> [...]

Diante desse impasse, o procedimento a ser adotado deve passar, necessariamente, primeiro, pela completa informação do estado clínico do paciente e das possíveis e prováveis consequências da alta antecipada (art. 13 e 34 do Código de Ética Médica), deixando registros dessa comunicação. Segundo, é fundamental que essa solicitação de alta seja formalizada, mediante documento devidamente assinado pelo requerente, seja ele o próprio paciente ou quem tenha a responsabilidade sobre ele, a exemplo do que determina o art. 34 do Código de Ética Médica.

Na hipótese dos autos, não existe qualquer documento que deixe evidenciado que os familiares do autor tinham pleno conhecimento do seu estado de saúde, do quadro clínico, do tratamento adequado para o seu diagnóstico e das possíveis consequências. Também não existe documento que ateste que a alta foi requerida por qualquer de seus responsáveis. O que consta dos autos (fl. 93) é o documento denominado "Prescrição e Evolução Médica", no qual se verifica: a data da entrada do autor no hospital - 29/02/2000 -; a medicação prescrita e ministrada; uma observação de enfermagem sobre temperatura do paciente; e, ao final, uma observação assinada pelo próprio médico, Professor Doutor Eduardo Velasco, primeiro réu, dizendo, em 01/03/2000, "Alta hospitalar a pedido de familiar".

Como dito, a alta solicitada deve estar documentada e oficialmente requerida pelo paciente ou por seu responsável, justamente para que o seu signatário assuma a responsabilidade pela evolução do quadro clínico do paciente, lembrando que esta pessoa deve estar, comprovadamente, ciente de todas as informações médicas relativas ao estado de saúde e das consequências dessa alta antecipada.

Aliás, o Boletim de Internação e Alta, juntado pelo segundo réu à fl. 78, do qual não consta o carimbo e assinatura do médico responsável, relativo à primeira internação, ocorrida em 14/02/2000, informa que a alta se deu em razão do paciente ter "melhorado" e não faz qualquer referência a um possível pedido formal do responsável pelo paciente. Um segundo Boletim (fl. 89), com data de admissão do paciente em 28/02/2000, sequer atesta o motivo da alta concedida pelo primeiro réu, Prof. Dr. Eduardo Velasco, em 01/03/2000.

Como se vê, os réus não demonstraram nos autos que alta médica foi concedida a pedido

de qualquer dos responsáveis pelo paciente.

Outro fato que chama a atenção, é que em todos os relatos médico constantes do processo, o diagnóstico descrito é grave, inclusive com a constatação de "crise convulsiva" (fls. 61, 65, 67 e 67v) e ainda assim a alta médica foi concedida, imediatamente após um procedimento cirúrgico, em um paciente que apresentava um histórico de febre alta e crises convulsivas.

O fato é que os réus não se desincumbiram do ônus de demonstrar que o tratamento médico dispensado ao autor foi fornecido dentro dos limites do possível e das condições técnicas, de conhecimento cientifico e materiais do hospital e do conhecimento técnico e cientifico do médico, como determina o Código de Ética Médica, o que excluiria a responsabilidade de ambos.

O Laudo Pericial de fls. 291/292, produzido por perito judicial, assim responde aos quesitos formulados pelo segundo réu (fl. 125/126):

> [...]
> *Quesito 3*: O que se espera como resultado cirúrgico na 1ª hipótese - catarata congênita?
> *Resp.*: Que a evolução do quadro seja boa, com melhora muito importante da visão, desde que não se apresente um quadro infecioso, que foi o que ocorreu.
> *Quesito 4*: O que se espera como resultado cirúrgico na 2ª hipótese - catarata infecciosa?
> *Resp.*: Quando há infecção após a cirurgia, que foi o que ocorreu, as chances de uma boa visão diminuem.
> *Quesito 5*: Quais são as medidas clinicas utilizadas no pós-operatório de uma catarata infecciosa?
> *Resp.*: Antibioticoterapia, associada a corticoides e anti-inflamatórios.
> *Quesito 6*: Diante do tratamento clinico pediátrico, com suspeita de processo infeccioso, a mantença do paciente com cuidados de internação é necessária?
> *Resp.*: Sim, para um acompanhamento constante, que esse quadro exige.
> *Quesito 7*: Pelo quadro clínico apresentado a retirada do paciente antes da alta médica contribuiu para o agravamento que se deu posteriormente? Se sim, em que medida?
> *Resp.*; Sim, deixa de haver continuidade da medicação ou troca da mesma se necessário, comprometendo o combate à infecção.
> [...]

Ou seja, era indispensável que o autor permanecesse internado no hospital, para que tivesse o correto atendimento e os cuidados médicos necessários para evitar o avanço do processo infeccioso que resultou na perda do globo ocular direito e os réus concederam a alta médica, contrariando o tratamento que deveria ter sido feito, afirmação que se faz, até porque, como visto, não ficou comprovado nos autos que a alta foi requerida e concedida a pedido dos responsáveis pelo paciente.

Aliás, a indispensabilidade da manutenção do autor internado para o sucesso do tratamento, é reconhecida pelo segundo réu, em sua manifestação sobre o Laudo Pericial (fl. 299v), na qual afirma:

> [...]
> *A MANUTENÇÃO DO INFANTE INTERNADO PARA TRATAMENTO DA SUSPEITA DE INFECÇÃO ERA NECESSÁRIA POR CONTA QUE O QUADRO NECESSITAVA UM ACOMPANHAMENTO CONSTANTE, POSTO O QUADRO EXIGIR.*
> A RETIRADA DO PACIENTE ANTES DA ALTA CONTRIBUIU PARA O AGRAVAMENTO DA INFECÇÃO PORQUANTO DEIXOU DE HAVER CONTINUIDADE DA MEDICAÇÃO OU TROCA, SE NECESSÁRIO, COMPROMETENDO O COMBATE À INFECÇÃO.
> [...]
> (os grifos e a caixa alta são do original)

Ressalto, por oportuno, que o autor afirma que a alta não foi solicitada, que não a requereu e os réus afirmam que ela foi requerida, mas não demonstram.

Saliento que não vejo de que forma a parte autora poderia provar que não requereu a alta médica. É a típica hipótese de produção de prova negativa de impossível elaboração. E ressalto, que a produção de prova de fato negativo, além de inviável, a sua não produção não faz verdadeiras as alegações feitas pela parte ré.

Nesse sentido os julgados:

> *AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIÇOS DE TRANSPORTE. PRESTAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. ALTERAÇÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME PROBATÓRIO. ÔNUS PROBATÓRIO. REEXAME. PROVA NEGATIVA. SÚMULA Nº 568 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.*
> [...]
> 2. Alterar as conclusões da Corte de origem quanto à ausência de provas da efetiva prestação do serviço de transporte é providência que demandaria reexame do acervo fático-probatório, procedimento vedado diante do óbice da Súmula nº 7/STJ. 3. É firme a orientação deste Tribunal Superior no sentido de que é inviável a exigência de prova de fato negativo. Precedentes.
> [...]
> (AgInt no AREsp 1206818/SP AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2017/0298612-0 - Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA - TERCEIRA TURMA - Julgamento em 24/04/2018 - Publicado do DJe de 02/05/2018)

> *PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. INSCRIÇÃO EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. QUESTÃO FÁTICA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. ART. 4º DA LEI Nº 9.507/97 E ART. 43, § 3º, DO CDC. REGISTRO DE DADOS. ANOTAÇÃO. DISCUSSÃO JUDICIAL. NÃO RECEBIMENTO DA INFORMAÇÃO. FATO NÃO ALEGADO EM CONTESTAÇÃO. ÔNUS DA PROVA PELO RÉU AFASTADO. ART. 333, II, DO NCPC. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS NA FASE RECURSAL. RECURSO INTERPOSTO QUE NÃO OBTEVE ÊXITO NESTA CORTE SUPERIOR. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO NCPC. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
> [...]
> 5. A fim de demonstrar fato constitutivo de seu direito, cabia ao agravante a prova do envio da documentação acerca da ação judicial discutindo o apontamento, ônus do qual não se desincumbiu, conforme delineado pelas instâncias ordinárias.
> 6. O fato de a agravada não ter contestado o documento juntado pelo agravante não implica a pretendida inversão do ônus da prova para o réu, nos termos do art. 333, II, do CPC/73 (prova de fato negativo), tampouco significa estar demonstrado o fato alegado pelo autor da ação.
> [...]
> (AgInt no AREsp 1202529/SP AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2017/0269101-5 - Ministro MOURA RIBEIRO - TERCEIRA TURMA - Julgamento em 24/04/2018 - Publicado no DJe de 30/04/2018)

E nem se diga que essa seja uma das hipóteses de inversão do ônus da prova, pois, provar que se tem esse tipo de requerimento ou solicitação é incumbência daquele que dela depende para agir.

Portanto, nesse ponto, quem não se desincumbiu do dever de comprovar que tinha um requerimento de alta médica feito pelos responsáveis pelo autor, foi a parte ré.

Do ponto de vista do Código de Defesa do Consumidor, a situação não se altera, ao contrário, se reforça, haja vista o que estabelecem os dispositivos que transcrevo:

> Código de Defesa do Consumidor:
> [...]
> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
> [...]
> III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;
> [...]
> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
> [...]
> Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.
> [...]

Nesse sentido o julgado:

> *RECURSO ESPECIAL (art. 105, inc. III, "a" e "c", CF/88) - AÇÃO CONDENATÓRIA - RESPONSABILIDADE CIVIL DE HOSPITAL E INSTITUTO MÉDICO - INFECÇÃO HOSPITALAR - INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE JULGARAM IMPROCEDENTES OS PEDIDOS VEICULADOS NA PETIÇÃO INICIAL, SOB O ARGUMENTO DE QUE NÃO HOUVE DEMONSTRAÇÃO DE CULPA DOS MÉDICOS. INSURGÊNCIA DA AUTORA. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CDC - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.*
> Pretensão condenatória deduzida em face de hospital e instituto médico, ante os alegados danos decorrentes de infecção hospitalar, após a realização de procedimentos cirúrgicos, que conduziram ao comprometimento integral da visão da autora, relativamente ao olho direito. Instâncias ordinárias que julgaram improcedentes os pedidos, ao reputarem não demonstrada a culpa por parte do corpo médico atuante.
> 1. O Tribunal de origem não abordou a tese de responsabilidade do fornecedor pela prestação defeituosa de informações à recorrente sobre os riscos relacionados ao procedimento cirúrgico a que seria submetida, razão pela qual incide à espécie a Súmula nº 211 desta Corte, o que inviabiliza também o conhecimento da insurgência com base na alínea "c" do permissivo constitucional. Precedentes.
> 2. Como se infere do art.14 do CDC, a responsabilidade dos hospitais e clínicas (fornecedores de serviços) é objetiva, dispensando a comprovação de culpa. Assim, inviável o afastamento da responsabilidade do hospital e do instituto por infecção contraída por paciente com base na inexistência de culpa dos agentes médicos envolvidos, como fez o Tribunal de origem.
> 2.1 De fato, a situação dos autos não comporta reflexões a respeito da responsabilização de clínicas médicas ou hospitais por atos de seus profissionais (responsabilidade pelo fato de outrem). Isso porque os danos sofridos pela recorrente resultaram de infecção hospitalar, ou seja, do ambiente em que foram efetuados os procedimentos cirúrgicos, e não de atos dos médicos.
> 3. Dessa forma, considerando que é objetiva a responsabilidade dos hospitais e clínicas por danos decorrentes dos serviços por eles prestados (ambiente hospitalar), bem como que não foi elidido no caso dos autos o nexo de causalidade entre os danos sofridos pela recorrente e a

> conduta dos recorridos, é imperioso o provimento do presente recurso especial para condená-los ao pagamento de indenização a título de dano moral, em virtude da perda completa da visão e do bulbo ocular do olho direito da recorrente.
> 4. Nos termos do artigo 257 do RISTJ, é possível, nesta Corte, a fixação de valores devidos a título de indenização pelo abalo moral sofrido pela ora recorrente, aplicando-se o direito à espécie. Desse modo, diante das peculiaridades do caso, revela-se razoável a quantia de R$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de dano moral.
> 5. Recurso Especial PROVIDO, a fim de julgar procedente o pedido condenatório.
> (REsp 1511072/SP RECURSO ESPECIAL 2012/0257713-0 - Ministro MARCO BUZZI - QUARTA TURMA - Julgado em 05/05/2016 - Publicado no DJe de 13/05/2016)

Assim, não há como não reconhecer o nexo de causalidade entre a conduta dos réus, o evento danoso e o resultado. Configurado, portanto, o dever de indenizar por danos morais e materiais.

Dito isso, passo à análise do quantum indenizatório.

Da indenização por Danos Materiais

O autor requer a condenação dos autores no dever de indenizar por danos materiais e junta os documentos de fls. 32 e 35, que tratam de despesas com a aquisição de prótese ocular e de sua manutenção.

Diante disso, entendo que o valor a ser indenizado é aquele efetivamente comprovado.

Portanto, fixo o valor da indenização por danos materiais em R$ 610,00 (seiscentos e dez reais), corrigidos, monetariamente, desde o momento do efetivo desembolso.

Da indenização por Danos Morais

Saliento, de início, que os valores devidos por danos morais têm natureza compensatória e não de ressarcimento pela perda sofrida.

Por outro lado, ainda que se considere o alto grau de subjetividade que envolve a fixação do *quantum* indenizatório, na hipótese de danos morais, é preciso ter em mente critérios bem definidos no sentido de se estabelecer valores que tenham o condão de inibir, de desestimular o ofensor à reiteração daquela conduta, seja comissiva ou omissiva, sem, contudo, configurar enriquecimento ilícito e indevido por parte do ofendido.

Na hipótese dos autos, é evidente a dor e o sofrimento provocados pelo sentimento de perda de um dos órgãos mais importantes dos sentidos humanos, a visão, em especial quando se verifica que o autor tinha menos de dois anos de idade quando isso ocorreu.

Assim, observadas as provas; as circunstâncias em que se deu o evento danoso; as condições das partes; e a extensão da dor suportada pelo autor, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem esquecer o caráter educativo e repressivo da indenização por danos morais, que não pode esbarar nos limites da configuração do enriquecimento ilícito, assim como os valores que o entendimento jurisprudência firmado no âmbito do C. STJ tem entendido como sendo razoável, para a hipótese dos autos (ver acórdão acima transcrito), fixo o valor de R$100.000,00 (cem mil reais), a título de indenização por danos morais.

Ante o exposto, dou provimento á apelação do autor, para reformar a r. sentença e condenar os réus, solidariamente, no dever de indenizar por danos materiais, no valor de R$ 610,00 (seiscentos e dez reais), corrigidos, monetariamente, a partir do efetivo desembolso e à indenizar, por danos morais, no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais), observado o disposto no Tema 905 do C. STJ.

Condeno os réus, solidariamente, ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, com fundamento no disposto nos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0004178-48.2010.4.03.6102
(2010.61.02.004178-6)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: USINA ALTA MOGIANA S/A AÇÚCAR E ÁLCOOL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY
Classe do Processo: Ap 2052228
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/10/2018

EMENTA

DIREITO CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. JULGAMENTO NÃO UNÂNIME. SUBMISSÃO À TÉCNICA DO ARTIGO 942 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. AÇÃO REGRESSIVA. INSS. ACIDENTE DE TRABALHO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. EMPREGADOR. PRESCRIÇÃO. ARTIGO 37, §5º DA CF/88 E SÚMULA 85, DO STJ. INAPLICABILIDADE. DECRETO-LEI Nº 20.910/32. PRAZO QUINQUENAL. TERMO INICIAL. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. APURAÇÃO CRIMINAL DOS FATOS. CAUSA IMPEDITIVA DA PRESCRIÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 120 DA LEI 8.213/91. NÃO VIOLAÇÃO DE NORMAS GERAIS DE SEGURANÇA E HIGIENE DO TRABALHO. NÃO CRIAÇÃO DE RISCO EXTRAORDINÁRIO ÀQUELE COBERTO PELA SEGURIDADE SOCIAL. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Diante do resultado não unânime em sessão de julgamentos de 12 de junho de 2018, o julgamento teve prosseguimento conforme o disposto no artigo 942 do Novo Código de Processo Civil/2015, realizando-se nova sessão em 4 de outubro de 2018.

2. Ação regressiva por acidente de trabalho ajuizada pelo INSS, em face do empregador, objetivando o pagamento dos valores despendidos pela autarquia desde a concessão do benefício até sua cessação por uma das causas legais. Auxílio doença por acidente de trabalho convertido em aposentadoria por invalidez.

3. Inaplicabilidade do artigo 37, §5º, da Constituição Federal que estabelece a imprescritibilidade das ações de ressarcimento em relação aos "ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não", considerando que a ré (empregadora do segurado) não estava investida de função pública quando da prática do ilícito.

4. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.251.993/PR, submetido ao regime dos recursos repetitivos, pacificou orientação no sentido de que nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública, seja qual for sua natureza, é quinquenal a prescrição, nos termos do artigo 1º, do Decreto-Lei 20.910/32, e não trienal, como prevê o artigo 206, § 3º, V, do CC/2002, mesmo prazo a ser aplicado nas hipóteses em que a Fazenda Pública é autora, como é o caso da ação de regresso acidentária, em observância ao princípio da isonomia.

5. No que se refere ao termo inicial do prazo prescricional, deve ser computado a partir da data de concessão do benefício, momento em que exsurge para a autarquia previdenciária a pretensão de se ressarcir dos valores despendidos no pagamento de benefício em favor do segurado ou seus dependentes.

6. Inaplicabilidade da súmula 85, do STJ, considerando que a relação de trato sucessivo que se trava na espécie se dá entre o segurado/dependentes e a Previdência Social, com o pagamento mensal de benefício decorrente do acidente de trabalho e não entre a empregadora - causadora do acidente - e o INSS, de modo que a prescrição atinge o fundo de direito.
7. A pretensão ressarcitória deduzida pelo INSS funda-se na "negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva", como previsto no art. 120 da Lei nº 8.213/91. Referida lei tipifica como contravenção penal o descumprimento, pela empresa, de normas de segurança e higiene do trabalho, sendo certo que a independência entre as jurisdições cível e criminal é relativa, a teor do quanto disposto no art. 200 do Código Civil.
8. Portanto, em havendo necessidade de apuração dos fatos relacionados ao acidente trabalhista pelo juízo criminal, está configurada a causa impeditiva do transcurso do prazo prescricional.
9. Concedido o benefício previdenciário em 05/01/2005, transitada em julgado a sentença penal absolutória em 09/10/2009 e proposta a ação regressiva em 28/04/2010, tem-se por inocorrida a prescrição.
10. Não é o caso de se determinar novo julgamento em primeiro grau de jurisdição, uma vez que a questão de fato, nestes autos, não é controvertida e já houve dilação probatória, cabendo a esta Corte julgar o mérito da causa.
11. Rejeitado o pedido de inversão do ônus da prova em favor do INSS por não se vislumbrar, *in casu*, qualquer hipótese que autorize o afastamento da regra processual geral segundo a qual incumbe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito, tal como previsto no art. 333, inciso I do então vigente Código de Processo Civil de 1973 (art. 373, I do CPC/2015).
12. No caso dos autos, o empregado acidentado exercia a função de operador de empilhadeira e estava em cima de uma pilha de sacos de açúcar de, aproximadamente, sete metros de altura, de onde caiu, vindo a falecer em razão dos ferimentos.
13. Não restaram afastadas outras possíveis causas para o evento, como o possível mal estar do funcionário acidentado, nem se demonstrou por qual motivo a vítima não utilizava o equipamento de proteção individual destinado à tarefa por ela desempenhada, não sendo possível imputar o fato a ato culposo da empresa a não utilização do instrumento - comprovadamente disponibilizado - diante da impossibilidade de se fiscalizar, a todo momento, as condições de trabalho de cada um dos operários presentes.
14. A situação de infortúnio retratada nos autos não induz à conclusão de haver a requerida (empregadora) violado "normas gerais de segurança e higiene do trabalho", a justificar sua responsabilidade civil, de modo regressivo. Por tais razões, conclui-se que não restou demonstrada nos autos a criação, pela apelante, de risco extraordinário àquele coberto pela Seguridade Social, não se havendo de falar em seu dever de ressarcimento dos valores gastos pela autarquia apelada a título de pensão por morte.
15. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia

Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, prosseguindo o julgamento, nos termos do artigo 942, CPC/2015, dar parcial provimento à apelação do INSS para afastar o reconhecimento da prescrição de sua pretensão e, no mérito, julgar improcedente o pedido, nos termos do voto do Desembargador Federal Wilson Zauhy, acompanhado pelos Desembargadores Federais Cotrim Guimarães e Souza Ribeiro, vencidos os Desembargadores Federais Valdeci dos Santos e Hélio Nogueira, que davam provimento à apelação do INSS.

São Paulo, 04 de outubro de 2018.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

Trata-se de ação de indenização, promovida pelo INSS, buscando a recomposição de benefício social (pensão por morte), que se viu obrigada a arcar, em razão de acidente ocorrido na empresa requerida, valendo-se de tese de "direito de regresso" em face do empregador.

Fundamenta sua pretensão no artigo 120, da Lei n. 8.213/91, assim redigido:

> Art. 120. Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

A sentença foi publicada em 02/06/2014 e reconheceu a prescrição trienal, condenando a autora ao pagamento de honorários advocatícios em R$ 2.000,00 (fls. 921/925 e 932).

O INSS apela sustentando a inocorrência da prescrição diante da apuração criminal dos fatos, tendo a sentença criminal sido proferida em 21/09/2009. Alternativamente, defende a imprescritibilidade do fundo de direito, reitera o seu agravo retido para que haja inversão do ônus da prova em seu favor e pugna pela procedência de seu pedido inicial (fls. 927/931).

Contrarrazões pela ré (fls. 935/948).

É o relatório.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

Da prescrição

Prazo prescricional aplicável

Observe-se, inicialmente, a inaplicabilidade à hipótese do artigo 37, §5º, da Constituição Federal que estabelece a imprescritibilidade das ações de ressarcimento em relação aos "ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não", considerando que a ré (empregadora do segurado) não estava investida de função pública quando da prática do ilícito.

No que se refere ao prazo de prescrição, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.251.993/PR, submetido ao regime dos recursos repetitivos, pacificou orientação no sentido de que nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública, seja qual for sua natureza, é quinquenal a prescrição, nos termos do artigo 1º, do Decreto-Lei 20.910/32, e não trienal,

como prevê o artigo 206, § 3º, V, do CC/2002.

Assim, pelo princípio da isonomia, o mesmo prazo deve ser aplicado nas hipóteses em que a Fazenda Pública é autora, como é o caso da ação de regresso acidentária.

Termo inicial

No que se refere ao termo inicial do prazo prescricional, deve ser computado a partir da data de concessão do benefício, momento em que exsurge para a autarquia previdenciária a pretensão de se ressarcir dos valores despendidos no pagamento de benefício em favor do segurado ou seus dependentes.

Por outro lado, inaplicável à espécie a Súmula 85, do STJ, segundo a qual, "nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação".

Ora, a relação de trato sucessivo que se trava na espécie se dá entre o segurado/dependentes e a Previdência Social, com o pagamento mensal de benefício decorrente do acidente de trabalho e não entre a empregadora, causadora do acidente, e o INSS, de modo que a prescrição atinge o fundo de direito.

O Colendo STJ já se manifestou sobre a questão, conforme ementa que segue:

> PREVIDENCIÁRIO E CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO REGRESSIVA, AJUIZADA PELO INSS, CONTRA O EMPREGADOR. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL, POR ISONOMIA AO DECIDIDO NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL 1.251.993/PR, SUBMETIDO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. TERMO INICIAL. IMPLEMENTAÇÃO DO BENEFÍCIO. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
> I. Conforme decidido pela Primeira Seção desta Corte, "o atual e consolidado entendimento deste Tribunal Superior sobre o tema é no sentido da aplicação do prazo prescricional quinquenal - previsto do Decreto 20.910/32 - nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido do Código Civil de 2002" (STJ, REsp 1.251.993/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 19/12/2012, julgado sob a sistemática do art. 543-C do CPC).
> II. Em face do princípio da isonomia, a jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que, nas ações regressivas acidentárias, o prazo quinquenal é também aplicado à Fazenda Pública, na qualidade de autora.
> III. É firme, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento no sentido de que "a natureza ressarcitória de tal demanda afasta a aplicação do regime jurídico-legal previdenciário, não se podendo, por isso, cogitar de imprescritibilidade de seu ajuizamento em face do empregador" (STJ, AgRg no REsp 1.365.905/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 25/11/2014), atingindo a prescrição do próprio direito de ação.
> IV. No sentido da jurisprudência deste Tribunal, "é de cinco anos o prazo para o INSS ajuizar ação contra o empregador tendo por objetivo o ressarcimento de despesas com o pagamento de benefício acidentário. O termo inicial da prescrição da pretensão, por sua vez, conta-se a partir da concessão do benefício. A propósito: REsp 1.457.646/PR, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 20/10/2014; e AgRg no REsp 1.423.088/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19/05/2014" (STJ, AgRg no AREsp 521.595/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 04/08/2015). Em igual sentido: STJ, REsp 1.499.511/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/08/2015.
> V. No caso, cuida-se de ação regressiva, ajuizada pelo INSS, em desfavor de empregador, sendo o benefício, decorrente de acidente de trabalho, concedido, ao segurado, em 18/12/2002 até 26/03/2006, a partir de quando foi convertido em outra espécie. A ação indenizatória,

> contudo, somente foi ajuizada em 29/04/2013, quando já fulminado o direito de ação, pelo decurso do prazo quinquenal.
> VI. Agravo Regimental improvido.
> (AGRESP 201502001722, ASSUSETE MAGALHÃES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:17/11/2015)

Da apuração criminal

A pretensão ressarcitória deduzida pelo INSS funda-se na "negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva", como previsto no art. 120 da Lei nº 8.213/91.

Cumpre ressaltar que referida lei tipifica como contravenção penal o descumprimento, pela empresa, de normas de segurança e higiene do trabalho:

> Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. (Redação dada pela Lei Complementar nº 150, de 2015)
> *§ 2º Constitui contravenção penal, punível com multa, deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho.*

Consigne-se, ainda, que a independência entre as jurisdições cível e criminal é relativa, a teor do quanto disposto no art. 200 do Código Civil:

> Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.

Portanto, em havendo necessidade de apuração dos fatos relacionados ao acidente trabalhista pelo juízo criminal, está configurada a causa impeditiva do transcurso do prazo prescricional.

Neste sentido:

> Sabe-se que a jurisdição cível é independente da criminal, devendo ser ressaltado, todavia que não se trata de independência absoluta, por força do disposto no artigo 200 do Código Civil, *in verbis*: "Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva".
> (TRF3, AgRg na AC nº 0003909-89.2009.4.03.6119. Rel. Des. Fed. Cecilia Mello. Décima Primeira Turma, e-DJF3: 06/07/2016).

> A causa impeditiva da prescrição prevista pelo artigo 200 do Código Civil, para que seja aplicada, requer que o fato seja previsto como crime ou contravenção.
> (TRF3, AC nº 0004431-19.2009.4.03.6119. Rel. Des. Fed. Maurício Kato. Quinta Turma, e-DJF3: 21/04/2017).

Conclusão

No caso dos autos, o benefício previdenciário foi concedido em 05/01/2005 (fl. 23), houve apuração criminal dos fatos, culminando-se em sentença penal absolutória, fundamentada no art. 386, inciso VII do Código de Processo Penal e prolatada em 21/09/2009, com trânsito em

julgado para a acusação em 09/10/2009 (fls. 402/408 e 412).

Tendo a presente ação sido ajuizada em 28/04/2010 (fl. 02), é de rigor reconhecer que não houve o transcurso do prazo prescricional quinquenal, devendo a sentença ser reformada neste ponto.

Do julgamento do mérito

Não é o caso de se determinar novo julgamento em primeiro grau de jurisdição, uma vez que a questão de fato, nestes autos, não é controvertida e já houve dilação probatória, cabendo a esta Corte julgar o mérito da causa.

Do mérito do recurso

Do requerimento de inversão do ônus da prova em favor do INSS

Conheço do agravo retido regularmente reiterado pelo apelante como preliminar de seu recurso de apelação.

Não obstante, rejeito o pedido de inversão do ônus da prova em favor do INSS por não vislumbrar, *in casu*, qualquer hipótese que autorize o afastamento da regra processual geral segundo a qual incumbe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito, tal como previsto no art. 333, inciso I do então vigente Código de Processo Civil de 1973 (art. 373, I do CPC/2015).

Consigno que o precedente apontado pela parte não dá força à sua tese, eis que se trata de demanda versando sobre pleito indenizatório formulado pelo empregado em face do empregador, na qual se decidiu pela presunção de culpa da empresa e inversão do ônus da prova em seu desfavor com base na responsabilidade civil contratual havida entre as partes, situação substancialmente diversa da discussão posta nestes autos (STJ, Resp nº 1.067.738-GO, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi).

Ainda, não se há de falar em prova impossível de ser produzida pela autarquia, uma vez que houve apuração dos fatos no âmbito criminal e dilação probatória nestes autos, sem que se verifique que tais provas estivessem exclusivamente ao alcance da parte contrária.

Do mérito propriamente dito

Da análise do caso concreto, concluo que não se faz presente a condição necessária a justificar a pretensão do Instituto, posto que não resta demonstrado nos autos tenha a empresa ou seus responsáveis deixado de cumprir com a obrigação de atender a normas gerais de segurança e higiene do trabalho, circunstância que impede o Instituto de valer da norma que dá suporte ao pedido, considerando-se a cobertura social suportada pelo empregador para com o Estado.

Compreendendo-se o caso concreto:

Em 05/01/2005, o empregado da empresa requerida e segurado da Previdência Social, sr. José Paulo Inamonico, sofreu uma queda de uma pilha de sacos de açúcar de aproximadamente seis metros de altura, vindo a falecer.

Primeira premissa: a ação regressiva do artigo 120, da Lei 8.213-91, não se confunde com as culpas in elegendo ou in vigilando.

A ação de regresso prevista no artigo 120, da Lei n 8.213/91, não se confunde com a responsabilidade civil geral, dado que elege como elemento necessário para sua incidência a existência de "negligência quanto às normas gerais de padrão de segurança e higiene do trabalho".

A dicção legal é clara ao não estabelecer a responsabilidade também por negligência quanto a eventuais condutas pontuais em desacordo com aquelas normas de segurança e higiene do trabalho. A lei não elege, como se vê, a responsabilidade (regressiva) em razão de

acidente ocorrido sob o manto da infortunística pura.

E o que se há de entender por normas gerais, posta pelo artigo120 supra referido, que dá suporte à ação regressiva?

Normas gerais, no contexto legal da legislação infortunística, são aquelas estabelecidas para dado segmento econômico como "standards" ou padrões de segurança, segundo normas básicas firmadas pelos respectivos órgãos encarregados de estabelecer tais parâmetros mínimos (e gerais) de comportamentos, de uso de equipamentos adequados à execução da atividade laboral, e condutas adequadas a evitar os riscos decorrentes do exercício do trabalho.

Portanto, atendendo a empresa a esses padrões básicos, em todo o conjunto de seu complexo industrial ou comercial, não se há de falar, em ocorrendo evento infortunístico, em sua pronta responsabilidade, uma vez comprovado o estrito cumprimento das regras e princípios gerais da ergasiotiquerologia.

Eventos ocasionais, pontuais, ocorridos dentro de circunstâncias que não decorram diretamente da violação ou descumprimento -pela empresa - de observância de regras e normas gerais de segurança e higiene do trabalho, não se há de falar em ação regressiva contra o empregador.

Registre-se, ainda, que a Lei nº 8.213/91, em seus artigos 19 a 23, estabelece normas sobre acidente de trabalho, prevendo seu artigo 19, o seguinte:

> *Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.*
> § 1º A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador.
> *§ 2º Constitui contravenção penal, punível com multa, deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho.*
> § 3º É dever da empresa prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular.
> § 4º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social fiscalizará e os sindicatos e entidades representativas de classe acompanharão o fiel cumprimento do disposto nos parágrafos anteriores, conforme dispuser o Regulamento.

Bem se vê que o conceito de normas gerais está aí bem delineado, estabelecendo-se que em caso de não observância de tais preceitos protetivos do trabalhador, responderá o responsável por delito de contravenção penal.

No caso concreto, foi prolatada sentença penal absolutória em favor de Marcos Antonio Albino e Jorge Baff Ribeiro, respectivamente, encarregado pelo setor de armazém e engenheiro de segurança, não sendo possível se concluir, sequer em tese, pelo eventual descumprimento de norma geral (fls. 402/408).

Perceba-se que o § 2º do artigo 19, transcrito, é bem didático ao estabelecer os contornos do que se deve entender por normas gerais de segurança e higiene do trabalho, o que não se confunde, repita-se, com a responsabilidade aquiliana tradicional.

Portanto, sem a firme constatação da prática de contravenção penal - a aí compreendida, portanto, violação a normas gerais - não é possível se concluir pelo descumprimento, pelo empregador, das normas gerais de segurança e higiene do trabalho, requisito necessário ao direito de regresso da autarquia.

Segunda premissa: o sistema de seguridade do acidente do trabalho é contributivo-contratual. Responsabilidade da Seguridade Social

Ainda que assim não fosse, o sistema de seguridade de acidentes de trabalho vigente em nosso ordenamento compreende a cobertura de infortúnios ocasionais à Previdência Social, mediante o regime contributivo (CF, art. 201, § 10): "Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado").

Neste ponto, trago à colação uma breve síntese da evolução histórica sobre a responsabilidade civil quanto aos acidentes do trabalho em nosso ordenamento, conforme os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior (Acidente do Trabalho na Nova Constituição. Disponível em https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1016/94):

O Decreto nº 3.724, de 15/01/1919, foi a primeira lei a tratar de acidentes do trabalho no país e *admitia o risco profissional do empresário*, mas de modo restritivo, abrangendo apenas certas atividades e adotando critério restritivo para as doenças profissionais. Muito embora a indenização estivesse a cargo do empregador, *não havia a obrigatoriedade do seguro, de modo que não existia garantia do efetivo pagamento*.

Após a Revolução de 1930, adveio o Decreto nº 24.637, de 10/07/1934, que ampliou a área de abrangência da tutela infortunística e - o que é mais importante - *obrigou o empregador à contratação de seguro específico* para este fim ou à realização de depósito em valor proporcional ao número de empregados, "podendo a importância do depósito, a juízo das autoridades competentes, ser elevada até ao triplo, si se tratar de risco excepcional ou coletivamente perigoso" (art. 30, *caput* e parágrafos, do Decreto nº 24.637/1934).

Já na Constituição de 1934, promulgada poucos dias depois do decreto, a garantia de reparação dos danos advindos do acidente do trabalho ganhou assento constitucional (art. 121, alínea h da Constituição Federal de 1934).

O Decreto nº 24.637/1934 continuou em vigor sob a égide da Constituição de 1937, até que sobreveio o Decreto-Lei nº 7.036, de 10.11.44. *Ali se acolheu a teoria do risco da atividade*, dando-se maior amplitude ao conceito de empregado e dos eventos que se poderiam considerar como acidentes do trabalho, incluindo lesões e mortes em que o trabalho não seria causa exclusiva, mas apenas concausa.

O seguro manteve-se obrigatório, mas, se antes tinha de ser contratado perante "companhias ou sindicatos profissionais legalmente autorizados a operar em seguros contra acidentes do trabalho*", agora devia ser realizado "na instituição de previdência social a que estiver filiado o empregado*" (art. 36, § 1º do Decreto 24.637/1934 e art. 95 do Decreto-Lei nº 7.036/1944).

Sobreveio o Decreto-Lei nº 293, de 28/01/1967, transferindo o seguro para as companhias seguradoras privadas. Não obstante, este regime teve vida curta, posto que sobreveio a Lei nº 5.316, de 14/09/1967, que, além de ampliar o conceito de acidente do trabalho para fins de cobertura infortunística, incluindo eventos ocorridos fora da empresa e longe da vigilância do empregador, *tornou obrigatória a contratação do seguro acidentário junto à Previdência Social* (art. 1º da Lei nº 5.316/1967).

Com a Constituição de 1969, consagrou-se a transformação total do seguro acidentário em seguro social, com a expressa previsão de que tais riscos estariam cobertos pela "previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprêgo, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado" (art. 165, XVI da Constituição de 1969).

Evidentemente, *este regime contributivo foi adotado pela Constituição Federal de 1988*, que deixou a cargo do legislador infraconstitucional disciplinar a cobertura do risco de acidente do trabalho, "a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado" (art. 201, § 10 da Constituição Federal de 1988).

Conclusão:

O que se dessume de toda essa evolução da cobertura social ao acidente do trabalho, é que a responsabilidade pelo pagamento dos eventos decorrentes dos infortúnios é da Seguridade Social, que, por sua vez, conta com ingressos (obrigatórios) de recursos pela iniciativa privada, precisamente para esse tipo de reparação social-laboral.

As duas únicas exceções à exclusividade pela reparação acidentária, pelo INSS, são postas pela própria Constituição, em seu artigo 7º, inciso XXVIII, que estabelece como direito do trabalho o "seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa" (replicado no artigo 121, da Lei 8.213-91: "O pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem").

Já o artigo 120, que não tem estofo constitucional, como se vê dos termos claros do artigo 7º, que trata de dolo ou culpa (responsabilidade civil, portanto), introduziu uma outra exceção à regra da cobertura social exclusivamente pelo INSS (suportada por contribuições dos segmentos econômicos correspondentes), estabelecendo um direito que denomina "de regresso" contra o empregador em caso de descumprimento a "normas gerais de segurança e higiene do trabalho").

Essa hipótese, como se vê, excepciona a regra geral de responsabilidade regressiva do empregador, que conta com cobertura securitária social impositiva, devendo, em razão disso, ser interpretada igualmente de modo excepcional e restrito, sem alargamentos hermenêuticos.

Assim, o direito de regresso posto pelo artigo 120, da Lei nº 8.213/91 só se justificará nas hipóteses de ocorrências das circunstâncias expressas na própria lei de regência excepcional.

E tal raciocínio se justifica por uma razão elementar: à Seguridade Social (autarquia) é dado o encargo de arrecadar recursos e cobrir, precipuamente, o risco social do acidente de trabalho, pagando diretamente ao segurado ou a seus dependentes o respectivo benefício previdenciário.

Apenas excepcionalmente, na hipótese de descumprimento, pelo empregador, de normas padrão de segurança e higiene do trabalho, *do qual decorra diretamente o acidente de trabalho*, é que exsurge o dever de o empreendedor ressarcir aos cofres da autarquia previdenciária os valores despendidos a este título.

Tanto isto é verdade que a Lei nº 6.367/1976 prevê que os encargos decorrentes da cobertura de acidentes de trabalho serão realizados pelas contribuições previdenciárias devidas pela empresa, acrescendo uma alíquota de 0,4%, 1,2% ou 2,5% à contribuição do empregador de acordo com o grau de risco da atividade empreendida, se classificado como leve, médio ou grave (art. 15, *caput* e incisos I a III da Lei nº 6.367/1976).

Assim, quanto maior for o risco da atividade empresarial - portanto, maior a probabilidade de o risco social coberto pela Previdência Social vir a se concretizar - tanto maior será a contribuição do empregador à autarquia previdenciária.

Em outras palavras, resta cristalino que o atual regime constitucional da responsabilidade acidentária prevê que o risco social do acidente do trabalho está coberto pelo sistema de seguridade social, gerido pelo INSS e para o qual contribuem os empregadores.

Nesse sentido, aliás, já decidiu essa Corte, como se vê dos seguintes precedentes:

AÇÃO REGRESSIVA. ARTIGOS 120 e 121 DA LEI Nº 8.213/91. CABIMENTO. NÃO COMPROVAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA DA APELADA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. APELO DESPROVIDO.
I - O artigo 120 da Lei nº 8.213/91 determina que o INSS proponha ação em face dos responsáveis pelo acidente do trabalho, e não necessariamente em face apenas do empregador. Sendo assim, tem-se que o empregador pode ser responsabilizado em conjunto com o tomador de serviços, como ocorre no presente caso.
II - O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela possibilidade de cabimento de Ação Regressiva pelo INSS contra Empresa em que ocorreu acidente de trabalho quando comprovada a existência de negligência do empregador.
III - *Como se sabe, o legislador pátrio, no que tange à responsabilização do tomador dos serviços em relação aos danos havidos na relação de trabalho, adotou uma forma híbrida de ressarcimento, caracterizada pela combinação da teoria do seguro social - as prestações por acidente de trabalho são cobertas pela Previdência Social - e responsabilidade subjetiva do empregador com base na teoria da culpa contratual. Nessa linha, cabe ao empregador indenizar os danos causados ao trabalhador quando agir dolosa ou culposamente.*
IV - No caso dos autos, observando-se o conjunto probatório trazido aos autos pela parte autora, tem-se que o evento ocorrido se deu por culpa exclusiva da vítima, não se desincumbindo, dessa forma, o INSS de comprovar a negligência da empresa ré quanto à observância das normas de segurança do trabalho, fato constitutivo de seu direito, nos termos do artigo 373, inciso I, do Novo Código de Processo Civil.
V - Apelação desprovida.
(TRF3, AC nº 0004360-62.2009.4.03.6104. Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães. Segunda Turma, e-DJF3: 01/03/2018).

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO REGRESSIVA PROPOSTA PELO INSS CONTRA O EMPREGADOR. IMPROCEDÊNCIA.
1. Da simples leitura do artigo 201 da Constituição Federal, verifica-se que todos os eventos garantidos pela Previdência Social são eventos futuros e incertos, ou seja, embora se diga que o sistema é de filiação obrigatória e contributivo, devendo os filiados contribuírem para manter essa qualidade, apenas fará jus ao benefício previdenciário o filiado que for acometido de uma das situações listadas como adequada para gerar o direito ao benefício.
2. Por haver a possibilidade de o filiado contribuir mês a mês, porém, sem nunca fazer uso de quaisquer dos benefícios regulados na Previdência Social, é que se afirma que o Regime Geral de Previdência Social - RGPS é um sistema de seguro, no qual o filiado, acometido por uma das situações seguradas, irá fazer jus ao benefício.
3. A Lei 8.213/91 buscou uma forma de a Previdência ressarcir-se dos prejuízos decorrentes do custeio do benefício por acidente de trabalho. No entanto, retira-se do sistema a característica de seguro, o que não se mostra possível admitir, na medida em que passa a criar a possibilidade de o INSS, órgão arrecadador e responsável pelas contribuições sociais, uma ação regressiva em face do empregador que tenha agido com culpa na ocorrência do acidente.
4. Por já haver previsibilidade de que a empregadora pague uma contribuição social, deve ser entendido que o benefício é um seguro pago para o empregado acidentado, mas também um seguro para a empresa, que pagando sua contribuição, não precise arcar com o sustento de um empregado que tenha se acidentado.
5. O Seguro de Acidente de Trabalho - SAT destina-se a cobrir também os casos em que há culpa da empresa, porquanto esse requisito já está incluído no cálculo dessa contribuição.
6. Há evidente *bis in idem* na exigência do INSS em reembolsar valores que já estão sendo calculados e exigidos dos empregadores. Sem contar, ainda, na excessiva onerosidade que tal

medida acarretaria ao empregador, pois a autarquia estaria buscando judicialmente o reembolso de valores gastos com benefícios concedidos que já estariam sendo custeados, inclusive, de forma individualizada, com o SAT.
7. Apelo desprovido.
(TRF3, ApelReex nº 0035809-07.1996.4.03.6100. Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho. Quinta Turma, e-DJF3: 11/10/2012).

Desta forma, para que se decida pelo dever de ressarcimento à autarquia previdenciária, tornam-se necessárias as demonstrações de que a) a empresa tenha deixado de observar as normas gerais de segurança e higiene do trabalho e b) que o acidente tenha decorrido diretamente desta inobservância.

No caso dos autos, o empregado acidentado exercia a função de operador de empilhadeira e estava em cima de uma pilha de sacos de açúcar de, aproximadamente, sete metros de altura, de onde caiu, vindo a falecer em razão dos ferimentos (fl. 45).

Quanto a isto, a perícia levada a efeito pela autoridade policial concluiu que "o acidente ocorreu porque a vítima não usava equipamento de proteção individual, que, por certo, evitaria a sua queda, e a sua consequência fatal" (fl. 46).

O equipamento em questão é um cinto de segurança que seria acoplado a alças existentes nos sacos de açúcar, sacos estes denominados "big-bags".

Neste ponto, cumpre salientar o teor dos depoimentos prestados à Polícia Civil.

A esposa do falecido, srª. Elisangela Pereira Soares Inamonico, relatou que ele "sempre comentava que estes equipamentos, fornecidos por seu empregador, eram precários, dizendo ainda que era necessário ter cinto de segurança, equipamento este que não existia no setor" (fl. 66).

De modo diverso, o sr. Ruan Carlos Gonçalves Spadoni, operador de empilhadeira, declarou que "capacetes e cintos de segurança, apesar de existirem naquele setor, não são utilizados pelos respectivos operadores de empilhadeira" (fl. 69).

O sr. Edinaldo de Paula Barbosa, igualmente operador de empilhadeira, disse que "capacetes e cintos de segurança são fornecidos para outros funcionários, sendo que os operadores de empilhadeira não se utilizam destes equipamentos" (fl. 71).

O sr. Marcos Antonio Albino, encarregado do setor de armazém de açúcar, onde os fatos se passaram, disse que o uso de cinto de segurança era obrigatório e que os operadores de empilhadeira "eram treinados para o uso deste cinto de segurança quando fossem subir na pilha de bags" (fls. 72/73).

O sr. Jorge Baff Ribeiro, engenheiro de segurança do trabalho, não presenciou os fatos, mas asseverou haver equipamentos de proteção em quantidade suficiente aos trabalhadores (fls. 87/88).

Ressalte-se que nenhum dos depoentes declara ter visto o exato momento da queda do empregado, tendo os presentes no armazém relatado que ouviram o barulho e constataram, depois, o acidente.

Com isto, tenho que não restaram afastadas outras possíveis causas para o evento, como o possível mal estar do funcionário acidentado, nem se demonstrou por qual motivo a vítima não utilizava o equipamento de proteção individual destinado à tarefa por ela desempenhada, não sendo possível imputar o fato a ato culposo da empresa a não utilização do instrumento - comprovadamente disponibilizado - diante da impossibilidade de se fiscalizar, a todo momento,

as condições de trabalho de cada um dos operários presentes.

O certo é que a situação de infortúnio retratada nos autos não induz à conclusão de haver a requerida (empregadora) violado "normas gerais de segurança e higiene do trabalho", a justificar sua responsabilidade civil, de modo regressivo.

Por tais razões, concluo que não restou demonstrada nos autos a criação, pela apelante, de risco extraordinário àquele coberto pela Seguridade Social, não se havendo de falar em seu dever de ressarcimento dos valores gastos pela autarquia apelada a título de pensão por morte.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento à apelação do INSS para afastar o reconhecimento da prescrição de sua pretensão e, no mérito, julgar improcedente o pedido.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS:

Trata-se de ação de indenização, promovida pelo INSS, buscando a recomposição de benefício social (pensão por morte), que se viu obrigada a arcar, em razão de acidente ocorrido na empresa requerida, valendo-se de tese de "direito de regresso" em face do empregador.

A sentença reconheceu a prescrição trienal, condenando a autora ao pagamento de honorários advocatícios em R$ 2.000,00 (dois mil reais).

O INSS apela sustentando a inocorrência da prescrição diante da apuração criminal dos fatos, tendo a sentença criminal sido proferida em 21/09/2009. Alternativamente, defende a imprescritibilidade do fundo de direito, reitera o seu agravo retido para que haja inversão do ônus da prova em seu favor e pugna pela procedência de seu pedido inicial (fls. 927/931).

É o relatório.

O voto do E. Relator é no sentido de dar parcial provimento à apelação do INSS para afastar o reconhecimento da prescrição de sua pretensão e, no mérito, julgar improcedente o pedido.

Peço vênia para divergir do E. Relator.

No caso dos autos, reconheço que a situação do acidente retratada demonstra que a empregadora violou normas gerais de segurança e higiene do trabalho, a justificar sua responsabilidade civil, de modo regressivo.

Assim sendo, dou provimento à apelação do INSS.

É o voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS

MANDADO DE SEGURANÇA
0022388-85.2012.4.03.6100
(2012.61.00.022388-0)

Impetrante: VIVIANE REGINA VIEIRA LUCAS
Impetrado: DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Classe do Processo: MS 343974
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/10/2018

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO TEMPORÁRIA POR MORTE. BENEFICIÁRIO MAIOR DE 21 ANOS E NÃO INVÁLIDO. INDEVIDA. COMUNICADO Nº 302/2012 - DFOL/SEGE. COBRANÇA DE VALOR PAGO ANTERIORMENTE À EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO. SEM EFEITO. NATUREZA ALIMENTAR DO BENEFÍCIO. PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ NO RECEBIMENTO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE LIMINAR ORA EXAURIDA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.
1. Ressalto que deixo de analisar as matérias vertidas no agravo regimental interposto pela União, bem como a preliminar de inadequação da via eleita por ausência de direito líquido e certo, arguida pela União, em sede de contestação, por se confundirem com o próprio mérito do presente *writ* que passo à apreciação.
2. *In casu* cumpre mencionar que o fundamento que justificou a concessão da liminar, oriundo de exame perfunctório do presente feito, foi ancorado em uma interpretação finalística do instituto da pensão por morte, considerando que tal benefício visa garantir meios de subsistência à família do servidor falecido.
3. Adotou-se a tese, até então claudicante, de que a pensão por morte, percebida por maior de 21 anos que cursa o ensino superior e não exerce atividade remunerada induz à presunção de dependência econômica - a justificar a manutenção do benefício até a conclusão do curso de graduação ou até o beneficiário completar 24 anos -, o que advier primeiro, arrimado, ainda, na Lei nº 9.250/95, que regula o imposto de renda das pessoas físicas e dispõe que os filhos poderão ser considerados dependentes, quando maiores, até 24 anos de idade, se ainda estiverem cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau (artigo 35, inciso III, § 1º).
4. Ademais, fixou-se o entendimento de que encerrar o benefício de pensão por morte naquele momento, para ater-se tão somente à interpretação literal da lei, violaria princípio fundamental da Carta Magna, qual seja - a dignidade da pessoa humana -, ferindo, ademais, os princípios constitucionais que resguardam o direito à educação, além de ferir o princípio da igualdade entre o filho de segurado servidor público federal civil e o militar que já tem esse direito assegurado nos termos do artigo 7º da Lei nº 3.765/60 com as alterações introduzidas pela MP nº 2.2215-10, bem como em relação ao filho de segurado da Previdência Social. Precedentes.
5. Ocorre, entretanto, que o C. STJ, em sede de julgamento de recurso especial re-

presentativo de controvérsia, sujeito ao regime do art. 543-C do CPC/1973, pacificou a questão no sentido de que não há de se restabelecer a pensão por morte ao beneficiário maior de 21 anos e não inválido diante da taxatividade da lei previdenciária, sendo vedado ao Poder Judiciário legislar positivamente, usurpando função do Poder Legislativo. Assim, ante o precedente citado, aplicável ao caso em discussão, restou fulminada a pretensão "principal" da impetrante.

6. Por sua vez, no que alude à importância de R$ 14.307,10, exigida pelo impetrado por meio do Comunicado nº 302/2012-DFOL/SEGE, após a extinção do pagamento do benefício de pensão à impetrante, entendo pelo não cabimento da cobrança de tais valores.

7. Observa-se, portanto, conforme ficou demonstrado nos autos, que se tal valor foi pago indevidamente, por equívoco da própria Administração, quando a impetrante ainda gozava da *qualidade de beneficiária da pensão temporária*, não se mostra razoável e devida a cobrança empreendida pelo impetrado, considerando tratar-se de benefício de *caráter alimentar*, recebido presumidamente de *boa-fé*.

8. O mesmo raciocínio, no meu sentir, aplica-se em relação aos valores recebidos com arrimo na liminar deferida nestes autos - já exaurida -, sustentando tal pretensão no princípio da boa-fé, da segurança jurídica e do caráter alimentar das verbas pagas.

9. Agravo regimental prejudicado. Segurança parcialmente concedida para declarar sem efeito o Comunicado nº 302/2012-DFOL/SEGE, que visava o reembolso da quantia de R$ 14.307,10, recebida pela impetrante na qualidade de beneficiária de pensão temporária e, com base no mesmo raciocínio, pela não repetição dos valores percebidos com arrimo na liminar deferida nestes autos e já exaurida, considerando o princípio da boa-fé e da segurança jurídica.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, julgar prejudicado o agravo regimental e, por maioria, conceder parcialmente a segurança, nos termos do voto do Relator, vencidos os Desembargadores Federais Peixoto Júnior e Cecília Marcondes, que concediam parcialmente a segurança em menor extensão, bem como os Desembargadores Federais Baptista Pereira, André Nabarrete, Marcelo Saraiva, Souza Ribeiro e Wilson Zauhy, que concediam a segurança.

São Paulo, 10 de outubro de 2018.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

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

Cuida-se de mandado de segurança impetrado em 18/12/2012 por Viviane Regina Vieira Lucas contra o ato administrativo nº 11457/2012 (doc. 6, de fl. 51), praticado pelo Desembargador Federal Presidente desta Corte à época, que extinguiu o benefício de pensão por morte à impetrante ao completar 21 anos de idade, bem como do ato - Comunicado nº 302/2012-DFOL/SEGE (doc. 9 de fls. 73/74) -, relativo à cobrança de R$ 14.307,10.

Aduziu, a impetrante, que quando do falecimento de sua genitora, em 19/04/2009, ocupante do cargo de analista judiciária nesta Corte à época, possuía 17 (dezessete) anos e 8 (oito) meses, e cursava o Ensino Universitário (comprovante de matrícula e histórico escolar acostado à inicial - doc. 04), ocasião em começou a receber pensão por morte.

Informou que em 15 de agosto de 2012, ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, teve sua pensão extinta por meio do referido ato administrativo nº 11457/2012, em que pese ainda estar cursando Faculdade e depender desse benefício previdenciário para sua subsistência.

Informou a impetrante que como estudante universitária do curso de Direito, realizou alguns estágios remunerados como forma de conciliar seu estudo teórico com a prática jurídica, havendo recebido uma bolsa auxílio que a auxiliava com as despesas de alimentação e transporte exclusivas para realização das atividades relacionadas aos estágios, o que, conforme demonstrado por meio de cópias da declaração de ajuste anual do Imposto de Renda (ano-calendário 2009, 2010 e 2011) juntada com a inicial (doc. 08) sequer poderiam ser considerados como renda, mas tão somente como ajuda de custo, haja vista tratar-se de valor abaixo de um salário-mínimo, bem como aquém do que se considera necessário à sobrevivência e sustento de qualquer pessoa com os custos decorrentes de educação, moradia, saúde, transporte, vestimenta e lazer.

Aduziu, ainda, que o *quantum* recebido a título de estágio, comparado com o valor pago pelo curso universitário, sem incluir quaisquer outras despesas necessárias a seu sustento, não é suficiente sequer para arcar com a totalidade das despesas com a mensalidade da faculdade.

Dessa forma, ressaltou, a impetrante, que o ato de extinção da pensão por ela percebida viola princípios tácita e expressamente previstos na ordem constitucional, fundamentos formais e materialmente dispostos no Constituição da República do Brasil, atentando, ainda, contra a máxima da Dignidade da Pessoa Humana e da Função Social da Pensão por Morte.

Invocou a impetrante, a justificar o seu direito: o caráter alimentar do benefício da pensão por morte; a contradição da Lei nº 8.112/90 no tocante ao que considera dependente econômico; a comparação com a legislação do imposto de renda; a dignidade da pessoa humana; a função social da pensão por morte; o direito fundamental à educação; o princípio da isonomia e da proporcionalidade; e o Projeto de Lei nº 6.812-A/2010, que prorroga a pensão por morte na hipótese ora vertida.

Requereu "seja realizada interpretação teleológica e sistemática do dispositivo que prevê o benefício por morte (art. 215, da Lei n. 8.112/1990) no sentido de aplicar a definição de dependente econômico utilizada pela mesma Lei quando prevê o benefício do salário-família (art. 197, da Lei n. 8.112/190), estendendo, dessa forma, a pensão por morte ao filho estudante até os 24 (vinte e quatro) anos, da mesma forma que se estende o benefício do salário-família ao servidor que possua filho estudante até os 24 (vinte e quatro) anos".

Pleiteou, *cumulativamente*, seja declarado sem efeito o Comunicado nº 302/2012 - DFOL/SEGE (doc. 09), que obrigava a impetrante a devolver ao erário a quantia de R$ 14.307,10 após a extinção do benefício previdenciário, sob a justificativa de que tais valores foram recebidos de boa-fé.

Outrossim, postulou a necessidade de concessão da tutela antecipada e, ao final, "seja julgada totalmente procedente a pretensão da Impetrante, restabelecendo-se o recebimento da pensão por morte em decorrência do falecimento de sua genitora até completar 24 (vinte e quatro) anos de idade".

Tendo em vista que inicialmente o presente *mandamus* foi impetrado em face da União

Federal (fl. 02), apreciado o pedido de liminar, esse restou indeferido pelo magistrado de origem (fls. 94/95-vº).

Requerida a retificação do polo passivo, e indicado o Desembargador Federal Presidente desta Corte à época como autoridade impetrada (fl. 90), os autos foram encaminhados a esta Corte, tendo em vista tratar-se de competência originária (art. 108, inc. I, "c", da CF/88).

À fl. 103, a União Federal manifestou-se nos autos e requereu seu ingresso no feito, nos termos do art. 7º da Lei nº 12.016/2009.

Encaminhado os autos a esta Corte (fls. 107/108), foi concedida liminar determinando o restabelecimento do pagamento da pensão por morte à impetrante/beneficiária até a conclusão do ensino superior ou até 24 anos de idade (o que ocorresse primeiro), e declarado sem efeito o Comunicado nº 302/2012-DFOL/SEGE, encaminhado pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região e recebido pela impetrante em 07/12/2012, visando o reembolso da quantia de R$ 14.307,10 (fls. 109/111-vº).

A União pugnou pela reconsideração da decisão que concedeu a liminar, sustentando, em suma, o não cabimento da continuidade do pagamento de pensão por morte além do limite legal previsto no art. 217, inc. II, "a", da Lei nº 8.112/90, por ausência de amparo legal. Caso não seja esse o entendimento, requereu seja dado provimento ao recurso interposto de fls. 122/127 (agravo regimental).

Na sequência, a União apresentou contestação (fls. 130/141), alegando, preliminarmente, a inadequação da via eleita ante a ausência de ilegalidade ou abuso de poder para a impetração deste *mandamus*, e requereu a denegação da segurança.

Em 16 de junho de 2014 a impetrante manifestou-se nos autos informando acerca do encerramento de seu curso superior, bem como deu conhecimento de tal fato à Secretaria de Gestão de Pessoas desta Corte. Assim, pugnou pela suspensão do pagamento do mencionado benefício a partir de 1º de julho de 2014, requerendo a juntada do protocolo administrativo aos autos do processo (fls. 148/149).

Aberta vista ao Ministério Público Federal, o *Parquet* manifestou-se pela concessão parcial da segurança ao entendimento da não repetição dos valores recebidos pela impetrante, sendo correto o cancelamento da cobrança efetuada pelo Comunicado nº 302/2012 - DFOL/SEGE (fls. 153/155-vº).

Prestadas as informações pela autoridade impetrada de fls. 165/171.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

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

Inicialmente, transcrevo o *decisum* concessivo da liminar, *in verbis*:

> Trata-se de mandado de segurança impetrado por Viviane Regina Vieira Lucas no qual pretende o restabelecimento do recebimento de pensão por morte auferida em decorrência do falecimento de sua genitora, ex-funcionária pública federal, até completar 24 anos, bem como, requer seja declarado sem efeito o Comunicado nº 302/2012-DFOL/SEGE encaminhado pelo Tribunal, recebido pela impetrante em 7/12/2012, visando o reembolso da quantia de R$ 14.307,10.

Inicialmente, o feito tramitou perante a 15ª Vara Federal de São Paulo, o qual indeferiu o pedido de liminar.
Determinada a remessa dos autos a esta Corte, o feito foi a mim distribuído.
É o Relatório. DECIDO:
Nos termos do artigo 108, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, compete a este Regional o processamento e julgamento do presente writ, de modo que passo a analisar o pedido de concessão da liminar.
Em uma análise perfunctória dos autos, entendo presente os elementos a justificar a concessão da liminar requerida.
A Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União traz em seu Título VI a regulamentação sobre a Seguridade Social do Servidor, merecendo destaque o disposto no artigo 184, *in verbis*:
Art. 184. O Plano de Seguridade Social visa a dar cobertura aos riscos a que estão sujeitos o servidor e sua família, e compreende um conjunto de benefícios e ações que atendam às seguintes finalidades:
I - garantir meios de subsistência nos eventos de doença, invalidez, velhice, acidente em serviço, inatividade, falecimento e reclusão;
II - proteção à maternidade, à adoção e à paternidade;
III - assistência à saúde.
Parágrafo único. Os benefícios serão concedidos nos termos e condições definidos em regulamento, observadas as disposições desta Lei.
O artigo 215 da referida Lei estabelece que nos casos de morte do servidor "os dependentes fazem jus a uma pensão", fixando o artigo 217, inciso II, alínea "a", que: São beneficiários das pensões / temporária / a) os filhos, ou enteados, até 21 (vinte e um) anos de idade, ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez.
A finalidade da pensão por morte é, portanto, garantir meios de subsistência à família do servidor falecido.
Hodiernamente, vem ganhando ressonância a tese de que a pensão por morte, de maior de 21 anos, que cursa o ensino superior e não exerce atividade remunerada, induz à presunção de dependência econômica, a justificar a manutenção do benefício até a conclusão do curso de graduação ou até completar 24 anos, o que advier primeiro.
Neste ponto, de se destacar que a Lei nº 9.250/95, que regula o imposto de renda das pessoas físicas, dispõe que os filhos poderão ser considerados dependentes quando maiores até 24 anos de idade, se ainda estiverem cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau (artigo 35, inciso III, § 1º).
Com efeito, encerrar o benefício de pensão por morte neste momento, para se ater tão-somente à interpretação literal da lei, viola princípio fundamental da Carta Magna, qual seja, a dignidade da pessoa humana, ademais, tal conduta não se coaduna com os princípios constitucionais que resguardam o direito à educação, além de ferir o princípio da igualdade entre o filho de segurado servidor público federal civil e o militar que já tem esse direito assegurado nos termos do artigo 7º da Lei nº 3.765/60 com as alterações introduzidas pela MP nº 2.2215-10, bem como em relação ao filho de segurado da Previdência Social, conforme os precedentes jurisprudenciais que trago à colação:
"DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. PENSÃO POR MORTE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. FILHO UNIVERSITÁRIO. MAIOR DE 21 ANOS. LEI 11.960/09. APLICAÇÃO COM RELAÇÃO À CORREÇÃO MONETÁRIA. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A E. 10ª Turma desta Corte firmou posicionamento no sentido da possibilidade de manutenção da pensão por morte aos filhos maiores de 21 anos que cursam ensino superior até conclusão ou 24 anos de idade, o que ocorrer primeiro. 2. No que tange à correção monetária, devem ser aplicados os índices oficiais da remuneração básica, a partir da vigência da Lei 11.960/09. 3. Agravo parcialmente provido."

(TRF3, AC - 1798054, processo: 0041460-98.2012.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, e-DJF3: 15/02/2013)

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR UNIVERSITÁRIO. EXTENSÃO DO BENEFÍCIO ENQUANTO PERDURAREM OS ESTUDOS. DATA EM QUE COMPLETOU 24 (VINTE E QUATRO) ANOS DE IDADE COMO LIMITE MÁXIMO DA EXTENSÃO DO PAGAMENTO DO BENEFÍCIO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO. I. Para a concessão do referido benefício previdenciário, torna-se necessário o implemento dos requisitos legalmente exigidos, nos termos da legislação em vigor à época do óbito. II. Conforme se verifica dos autos, o autor não é inválido e já completou 21 anos de idade, não se encontrando, por isso, no rol do artigo 16 da Lei nº 8.213/91. III. No entanto, conforme leciona a doutrina e esclarece também, a jurisprudência, a interpretação do ordenamento jurídico deve ser dar de forma sistemática. Não se pode permitir que a aplicação isolada de um dispositivo legal venha a impedir a realização de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, tais como o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicar a pobreza e a marginalização e de reduzir as desigualdades regionais e sociais (incisos I e III do artigo 3º da CF). IV. Sendo assim, certo é que a presunção de dependência contida no § 4º do mencionado artigo 16 não pode ser tida como absoluta. V. A presunção de dependência econômica dos filhos não deve se pautar tão somente pela idade ou pela incapacidade do dependente, mas sim, pela demonstração efetiva da necessidade. Isto é, deve-se ter em conta, ao analisar o caso concreto, se esta pensão é, ou não, necessária à manutenção de uma condição digna de vida ao dependente. VI. Ressalte-se que a extensão do direito à percepção da pensão por morte, ao filho maior de 21 anos e não inválido, enquanto estiver estudando, até completar 24 anos, é medida que se coaduna, não só com o princípio da dignidade humana, mas também com o direito constitucionalmente garantido à educação (artigo 205 da CF) e à igualdade (*caput* do art. 5º da CF). VII. A parte autora faz jus à pretendida prorrogação do pagamento do benefício de pensão por morte, uma vez demonstrada a implementação dos requisitos legais, nos termos da legislação previdenciária, interpretada sistematicamente, em face dos princípios e normas constitucionais vigentes. VIII. Agravo a que se nega provimento."

(TRF3, AC - 1521076, processo: 0023223-84.2010.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL, e-DJF3: 06/02/2013)

"AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR DE 21 ANOS UNIVERSITÁRIO. DEPENDÊNCIA PRESUMIDA. 1. A decisão ora agravada deve ser mantida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, a teor do disposto no art. 557 do CPC. 2. A hipótese de pedido de restabelecimento de pensão por morte formulado por filho de segurado da Previdência Social, maior de 21 (vinte e um) anos, que cursa o ensino superior e não exerce atividade remunerada, induz à presunção de dependência econômica, justificando a manutenção do benefício até os 24 (vinte e quatro) anos de idade ou a conclusão do curso de graduação. 3. Tal entendimento encontra-se em sintonia com a disciplina trazida pelo art. 35, III, §1º, da Lei nº 9.250/95, e com o entendimento jurisprudencial consolidado na esfera estadual cível (art. 1.694 do Código Civil), no sentido de que se consideram dependentes os filhos maiores com até 24 (vinte e quatro anos) que estejam matriculados em curso de ensino superior ou em curso técnico de segundo grau. 4. Destarte, e considerando ainda a natureza alimentar do benefício em comento, que constitui no caso dos autos o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, impõe-se o deferimento da antecipação da tutela pleiteada, nos termos do artigo 273 do CPC. 5. Agravo improvido".

(TRF3, AI - 484914, processo: 0025518-50.2012.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO HADDAD, e-DJF3: 31/10/2012)

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º, DO CPC. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR DE 21 ANOS. ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. JUROS DE MORA. I - Filho universitário de segurado da Previdência Social faz jus à pensão por morte

até vinte e quatro anos de idade, ou até a conclusão do curso superior, desde que comprovado o ingresso em universidade. II - A Lei nº 9.250/95, que regula o imposto de renda das pessoas físicas, dispõe que os filhos poderão ser considerados dependentes quando maiores até 24 anos de idade, se ainda estiverem cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau (artigo 35, inciso III, parágrafo 1º). III - 'O art. 5º da Lei 11.960 /09, que alterou o critério do cálculo de juros moratórios previsto no art.1º-F da Lei 9.494/97, possui natureza instrumental material. Assim, não pode incidir sobre processos já em andamento' (STJ, AgRg nos Edcl no Resp 1136266/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 17.06.2010, Dje 02.08.2010), como no caso dos autos. IV - Agravo do INSS improvido" (art. 557, § 1º, do CPC).
(TRF3, AC - 1480039, processo: 0001060-86.2009.4.03.6106, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, e-DJF3: 18/04/2011)
"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PENSÃO POR MORTE. EXTENSÃO ATÉ OS 24 ANOS. ESTUDANTE DE ENSINO SUPERIOR. DIREITO À EDUCAÇÃO. ISONOMIA. O direito à educação é uma garantia constitucional estendida a todos os cidadãos - não há razão para existir distinção entre os dependentes dos servidores civis e militares quanto à possibilidade de prorrogação do pensionamento até o término dos estudos universitários, respeitado o limite de 24 anos, devendo haver tratamento uniforme em relação às pessoas que se encontram em situação idênticas, sob pena de violação ao princípio da isonomia."
(TRF 4ª Região, AG 200904000070406, Quarta Turma, v.u., Relator DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE GONÇALVES LIPPEL, D.E. 08/06/2009)
"PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. UNIVERSITÁRIO. MAIOR DE 21 ANOS. CONTINUIDADE.
I. Em se tratando de beneficiário de pensão por morte que completa 21 anos de idade, mas que ainda não concluiu curso universitário, não é razoável a interrupção do seu desenvolvimento pessoal e da sua qualificação profissional, sob pena de se estar dificultando o direito à educação. Precedentes desta Turma (AC 329311, Rel. Des. Fed. Marcelo Navarro, DJ de 17/02/2005, p. 723, nº 32).
II. A autora é nascida em 30/04/1983 e, portanto, já completou 24 anos, razão pela qual não lhe pode ser determinado no momento a reimplantação do benefício, tal como requerido na inicial.
III. Resta à autora, tão-somente, pleitear, em sede própria, o pagamento dos valores a que fez jus, entre a data em que completou 21 anos e o término do curso ou 30/04/2007, data em que fez 24 anos, já que a presente ação possui caráter eminentemente declaratório, não tendo sido pleiteado na inicial o pagamento de valores atrasados.
IV. Apelação provida."
(TRF 5ª Região, AC 200481000221133, Quarta Turma, v.u., Relatora DESEMBARGADORA FEDERAL NILCÉA MARIA BARBOSA MAGGI, DJ 17/07/2007, p. 136)
Assim, a pensão por morte pode ser prorrogada até o beneficiário completar 24 anos de idade se estiver cursando ensino superior, porquanto não se mostra razoável interromper o seu desenvolvimento pessoal e sua qualificação profissional. Presentes, portanto, a prova inequívoca da verossimilhança das alegações e o "periculum in mora", a justificar a antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do artigo art. 273 do CPC.
Ante o exposto, concedo a liminar, determinando o restabelecimento do pagamento da pensão por morte para a impetrante/beneficiária até a conclusão do ensino superior ou 24 anos de idade, o que ocorrer primeiro e declaro sem efeito o Comunicado nº 302/2012-DFOL/SEGE encaminhado pelo Tribunal, recebido pela impetrante em 7/12/2012, visando o reembolso da quantia de R$ 14.307,10.

Ressalto que deixo de analisar as matérias vertidas no agravo regimental interposto pela União, bem como a preliminar de inadequação da via eleita por ausência de direito líquido e

certo, arguida pela União em sede de contestação, por se confundirem com o próprio mérito do presente *writ* que passo à apreciação.

In casu cumpre mencionar que o fundamento que justificou a concessão da liminar, oriundo de exame perfunctório do presente feito, foi ancorado em uma interpretação finalística do instituto da pensão por morte, considerando que tal benefício visa garantir meios de subsistência à família do servidor falecido.

Adotou-se a tese, até então claudicante, de que a pensão por morte, percebida por maior de 21 anos que cursa o ensino superior e não exerce atividade remunerada induz à presunção de dependência econômica - a justificar a manutenção do benefício até a conclusão do curso de graduação ou até o beneficiário completar 24 anos -, o que advier primeiro, arrimado, ainda, na Lei nº 9.250/95, que regula o imposto de renda das pessoas físicas e dispõe que os filhos poderão ser considerados dependentes, quando maiores, até 24 anos de idade, se ainda estiverem cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau (artigo 35, inciso III, § 1º).

Ademais, fixou-se o entendimento de que encerrar o benefício de pensão por morte naquele momento, para ater-se tão somente à interpretação literal da lei, violaria princípio fundamental da Carta Magna, qual seja - a dignidade da pessoa humana -, ferindo, ademais, os princípios constitucionais que resguardam o direito à educação, além de ferir o princípio da igualdade entre o filho de segurado servidor público federal civil e o militar que já tem esse direito assegurado nos termos do artigo 7º da Lei nº 3.765/60 com as alterações introduzidas pela MP nº 2.2215-10, bem como em relação ao filho de segurado da Previdência Social, conforme os precedentes jurisprudenciais citados: (TRF3, AC - 1798054, processo: 0041460-98.2012.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, e-DJF3: 15/02/2013); (TRF3, AC - 1521076, processo: 0023223-84.2010.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL, e-DJF3: 06/02/2013); (TRF3, AI - 484914, processo: 0025518-50.2012.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO HADDAD, e-DJF3: 31/10/2012); (TRF3, AC - 1480039, processo: 0001060-86.2009.4.03.6106, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, e-DJF3: 18/04/2011).

Ocorre, entretanto, que o C. STJ, em sede de julgamento de recurso especial representativo de controvérsia, sujeito ao regime do art. 543-C do CPC/1973, pacificou a questão no sentido de que não há de se restabelecer a pensão por morte ao beneficiário maior de 21 anos e não inválido diante da taxatividade da lei previdenciária, sendo vedado ao Poder Judiciário legislar positivamente, usurpando função do Poder Legislativo.

Nesse sentido, transcrevo julgado do E. STJ:

> PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. OMISSÃO DO TRIBUNAL *A QUO*. NÃO OCORRÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. LEI EM VIGOR POR OCASIÃO DO FATO GERADOR. OBSERVÂNCIA. SÚMULA 340/STJ. MANUTENÇÃO A FILHO MAIOR DE 21 ANOS E NÃO INVÁLIDO. VEDAÇÃO LEGAL. RECURSO PROVIDO.
> 1. Não se verifica negativa de prestação jurisdicional quando o Tribunal de origem examina a questão supostamente omitida "de forma criteriosa e percuciente, não havendo falar em provimento jurisdicional faltoso, senão em provimento jurisdicional que desampara a pretensão da embargante" (REsp 1.124.595/RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe de 20/11/09).
> 2. A concessão de benefício previdenciário rege-se pela norma vigente ao tempo em que o beneficiário preenchia as condições exigidas para tanto. Inteligência da Súmula 340/STJ, segundo a qual "A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente

na data do óbito do segurado".
3. Caso em que o óbito dos instituidores da pensão ocorreu, respectivamente, em 23/12/94 e 5/10/01, durante a vigência do inc. I do art. 16 da Lei 8.213/91, o qual, desde a sua redação original, admite, como dependentes, além do cônjuge ou companheiro (a), os filhos menores de 21 anos, os inválidos ou aqueles que tenham deficiência mental ou intelectual.
4. Não há falar em restabelecimento da pensão por morte ao beneficiário, maior de 21 anos e não inválido, diante da taxatividade da lei previdenciária, porquanto não é dado ao Poder Judiciário legislar positivamente, usurpando função do Poder Legislativo. Precedentes.
5. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil.
(STJ - REsp 1369832/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO; v.u.; Data do Julgamento:12/06/2013; DJe 07/08/2013)

Assim, ante o precedente citado, aplicável ao caso em discussão, restou fulminada a pretensão "principal" da impetrante.

Por sua vez, no que alude à importância de R$ 14.307,10, exigida pelo impetrado por meio do Comunicado nº 302/2012-DFOL/SEGE, após a extinção do pagamento do benefício de pensão à impetrante, entendo pelo não cabimento da cobrança de tais valores.

Verifica-se, por meio dos documentos carreados aos autos, que a extinção da pensão estatutária ocorreu a partir de *16/08/2012*, considerando que a impetrante completara 21 anos em 15/08/2012.

Compulsando os autos, resta demonstrado que o pagamento em cobro, relativo à competência 08/2012 (fls. 73/74), foi efetuado anteriormente à extinção do benefício e, portanto, tal verba - de natureza alimentar -, frise-se, fora recebida presumidamente de boa-fé pela beneficiária à época.

Ademais, ressalte-se que a extinção do pagamento do aludido benefício efetivou-se por meio do Ato nº 11457, de 25 de outubro de 2012, publicado no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região em *29/10/2012*.

Por seu turno, a impetrante foi surpreendida com a cobrança do importe de R$ 14.307,10, em *07/12/2012*, conforme comprovante de recebimento dos correios (fl. 72 dos autos), decorrido mais de um mês da cessação do benefício.

Ademais, vale salientar que o Comunicado nº 302/2012 assim informou, como justificativa de cobrança: "Comunico a Vossa Senhoria que a extinção da pensão estatutária a partir de 16/08/2012, ocasionou débito com o erário no valor líquido de R$ 14.307,10" (fl. 73), havendo determinado a devolução dessa quantia sem especificação do critério utilizado para apuração do valor em cobro.

Outrossim, a despeito das informações juntadas, no tocante à cobrança impugnada, aquelas restaram silentes.

Observa-se, portanto, conforme ficou demonstrado, que se tal valor foi pago indevidamente, por equívoco da própria Administração, quando a impetrante ainda gozava da *qualidade de beneficiária da pensão temporária*, não se mostra razoável e devida a cobrança empreendida pelo impetrado, considerando tratar-se de benefício de *caráter alimentar*, recebido presumidamente de *boa-fé*.

Na esteira desse entendimento, trago à colação aresto do E. STJ:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA. PENSÃO POR MORTE. PAGAMENTO INDEVIDO. BOA-FÉ. ERRO DA

ADMINISTRAÇÃO. VERBA DE CARÁTER ALIMENTAR. RESTITUIÇÃO DE VALORES. IMPOSSIBILIDADE.
1. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal *a quo* julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi aprenstnado.
2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considera impossível efetuar o desconto de diferenças pagas indevidamente a servidor ou pensionista em decorrência de interpretação errônea, equivocada ou deficiente da lei pela própria Administração Pública quando se constata que o recebimento pelo beneficiado se deu de boa-fé, como ocorreu no caso dos autos.
3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.
(REsp 1665595/CE, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN; Segunda Turma;v.u.; Data do Julgamento: 06/06/2017; DJe 30/06/2017).

No mesmo sentido é o parecer do Ministério Público Federal, no qual o i. Procurador Regional Carlos Fernando dos Santos Lima assim pontuou:

Quanto aos valores indevidamente pagos, é imprescindível frisar que são irrepetitíveis. Acerca da matéria, configura-se jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal, nos casos de valores recebidos de boa-fé pelos beneficiários:
EMENTA: "DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. *BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. NATUREZA ALIMENTAR. RECEBIMENTO DE BOA-FÉ EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL. TUTELA ANTECIPADA REVOGADA. DEVOLUÇÃO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou que o benefício previdenciário recebido de boa-fé pelo segurado, em decorrência de decisão judicial, não está sujeito à repetição de indébito, em razão de seu caráter alimentar.* Precedentes. 2. Decisão judicial que reconhece a impossibilidade de descontos dos valores indevidamente recebidos pelo segurado não implica declaração de inconstitucionalidade do art. 115 da Lei nº 8.213/1991. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (ARE 734242 - AgR, ROBERTO BAROSO, STF.) (g.n.)
Ementa: "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. *BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PAGAMENTO A MAIOR. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE PELO SEGURADO AO INSS. ART. 115 DA LEI 8.213/91. IMPOSSILIDADE. BOA-FÉ. NATUREZA ALIMENTAR*. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. 1. A violação constitucional dependente da análise do malferimento de dispositivo infraconstitucional encerra violação reflexa e oblíqua, tornando inadmissível o recurso extraordinário. 2. O princípio da reserva de plenário não resta violado, nas hipóteses em que a norma em comento (art. 115 da Lei 8.213/91) não foi declarada inconstitucional nem teve sua aplicação negada pelo Tribunal *a quo*, vale dizer: a controvérsia foi resolvida com a fundamento na interpretação conferida pelo Tribunal de origem a norma infraconstitucional que disciplina a espécie. Precedentes: AI 808.263-AgR, Primeira Turma Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 16.09.2011; Rcl. 6944, Pleno, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Dje de 13.08.2010; RE 597.467-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI Dje de 15.06.2011 AI 818.260-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Dje de 16.05.2011, entre outros. 3. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: 'PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. COBRANÇA DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. CARÁTER ALIMENTAR DAS PRESTAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. *1. Esta Corte vem se manifestando no sentido da impossibilidade de repetição dos valores recebidos de boa-fé pelo segurado, dado o caráter alimentar das prestações previdenciárias, sendo relativizadas as normas dos arts. 115, II, da Lei nº 8.213/91, e 154, § 3º, do Decreto nº 3.048/99.* 2. Hipótese em que, diante do princípio da irrepetibilidade ou da não-devolução dos alimentos, *deve ser afastada*

a cobrança dos valores recebidos indevidamente pelo segurado, a título de aposentadoria por tempo de contribuição.' 4. Agravo regimental desprovido".
(*STF*, AI 849529 AgR, 1ª Turma, Rel. Min LUIZ FUX, Primeira Turma, Dje: 14-03-2012) (g.n.)
Cito, ainda, aresto desta Corte:
PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. *VERBAS RECEBIDAS A TÍTULO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DEVOLUÇÃO. DESCABIMENTO. ENTENDIMENTO DO STF.*
I - A restituição pretendida pelo INSS é indevida, porquanto as quantias auferidas pela parte autora tem natureza alimentar, não configurada a má fé da demandante em seu recebimento. II - O acórdão embargado não se descurou do princípio da vedação do enriquecimento sem causa, porquanto, ante o conflito de princípios concernente às prestações futuras (vedação do enriquecimento sem causa X irrepetibilidade dos alimentos), há que se dar prevalência à natureza alimentar das prestações, em consonância com um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana. III - *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou que o benefício previdenciário recebido de boa-fé pelo segurado, em decorrência de decisão judicial, não está sujeito à repetição de indébito, em razão de seu caráter alimentar.*Precedentes jurisprudenciais. IV- Embargos de declaração do INSS rejeitados.
(APELREEX 0015149-31.2016.4.03.9999, Relator Des. Federal SERGIO NASCIMENTO, DÉCIMA TURMA; Data de Julgamento: 29/08/2018; D.E. 11/09/2017) (g.n.)
Logo é patente a irrepetibilidade dos valores recebidos pela impetrante, sendo correto o cancelamento da cobrança efetuada pelo Comunicado nº 302/2012-DFOL/SEGE (grifo no original).

O mesmo raciocínio, no meu sentir, aplica-se em relação aos valores recebidos com arrimo na liminar deferida nestes autos - já exaurida -, sustentando tal pretensão no princípio da boa-fé, da segurança jurídica e do caráter alimentar das verbas pagas.

No mesmo sentido, transcrevo arestos do C. STF:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. URP. DEVOLUÇÃO DE PARCELAS RECEBIDAS POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE ESPECÍFICO DO PLENÁRIO PARA SITUAÇÃO IDÊNTICA. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA SEGURANÇA JURÍDICA.
1. *Quando do julgamento do MS 25.430, o Supremo Tribunal Federal assentou, por 10 votos a 1, que as verbas recebidas em virtude de liminar deferida por este Tribunal não terão que ser devolvidas por ocasião do julgamento final do mandado de segurança, em função dos princípios da boa-fé e da segurança jurídica e tendo em conta expressiva mudança de jurisprudência relativamente à eventual ofensa à coisa julgada de parcela vencimental incorporada à remuneração por força de decisão judicial. Precedentes.*
2. Agravo regimental a que se nega provimento.
(STF - MS 26125 AgR; Min. EDSON FACHIN; Data de Julgamento pelo Plenário: 02/9/2016, DJ-e de 26/09/2016)

EMENTA: AGRAVOS REGIMENTAIS EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APRECIAÇÃO DA LEGALIDADE DOS ATOS DE APOSENTADORIA E PENSÃO: SUPRESSÃO DE PARCELA REMUNERATÓRIA RECONHECIDA JUDICIALMENTE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTES. DESNECESSIDADE DE RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS RECEBIDAS POR FORÇA DE MEDIDA LIMINAR DEFERIDA COM FUNDAMENTO EM JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, CASSADA EM VIRTUDE DA RECENTE MUDANÇA DE ENTENDIMENTO. PROJEÇÃO DO POSTULADO DA CONFIANÇA ASSENTADA PELO PLENÁRIO DESTE SUPREMO TRIBUNAL NO JULGAMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA N.

25.430 (REDATOR PARA O ACÓRDÃO O MINISTRO EDSON FACHIN). COMPETÊNCIA MONOCRÁTICA DO RELATOR PARA JULGAR PROCESSOS NOS QUAIS DISCUTIDA A MESMA QUESTÃO JURÍDICA. PRECEDENTES. AGRAVOS REGIMENTAIS DESPROVIDOS *(STF, MS nº 26443 AgR/MA; Rel. Min. Cármen Lúcia; Segunda Turma; Data de Julgamento: 15/03/2016; DJe de 05/04/16)*

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO TCU QUE DETERMINOU A IMEDIATA INTERRUPÇÃO DO PAGAMENTO DA URP DE FEVEREIRO DE 1989 (26,05%). EXCLUSÃO DE VANTAGEM ECONÔMICA RECONHECIDA POR DECISÃO JUDICIAL COM TRÂNSITO EM JULGADO. NATUREZA ALIMENTAR E A PERCEPÇÃO DE BOA-FÉ AFASTAM A RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS ATÉ A REVOGAÇÃO DA LIMINAR. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido do descabimento da restituição de valores percebidos indevidamente em circunstâncias, tais como a dos autos, em que o servidor público está de boa-fé. (Precedentes: MS 26.085, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 13/6/2008; AI 490.551-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 3/9/2010) 2. A boa-fé na percepção de valores indevidos bem como a natureza alimentar dos mesmos afastam o dever de sua restituição. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
(STF, MS nº 25921/DF-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 4/4/16)

Ante o exposto, julgo prejudicado o agravo regimental e concedo parcialmente a segurança para declarar sem efeito o Comunicado nº 302/2012-DFOL/SEGE, que visava o reembolso da quantia de R$ 14.307,10, recebida pela impetrante na qualidade de beneficiária da pensão temporária e, com base no mesmo raciocínio, entendo pela não repetição dos valores percebidos com arrimo na liminar deferida nestes autos e já exaurida, considerando o princípio da boa-fé e da segurança jurídica.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA:

Trata-se de mandado de segurança no qual a impetrante objetiva o restabelecimento da pensão por morte auferida em decorrência do falecimento de sua genitora, ex-funcionária pública federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, até completar 24 anos de idade e por ser estudante universitária. Requer, ainda, seja declarado sem efeito o Comunicado n. 302/2012-DFOL/SEGE do TRF visando ao reembolso da quantia recebida de R$14.307,10, tendo em vista o caráter alimentar dos valores pagos após completar 21 anos de idade.

A liminar foi deferida em 04/4/2013 às fls. 109/111.

De acordo com a certidão de fl. 177, na sessão do dia 11/7/2018, o Eminente Relator, Desembargador Federal Nery Júnior, apresentou seu voto no sentido de conceder parcialmente a segurança para declarar sem efeito o comunicado 302/2012-DFLO/SEGE, que visava o reembolso da quantia de R$14.307,10, bem como pela não repetição dos valores percebidos com arrimo na liminar deferida nos presentes autos e já exaurida, considerando o princípio da boa-fé, o que foi acompanhado pelos Desembargadores Federais Carlos Muta, Sérgio Nascimento, Antônio Cedenho, Nino Toldo, Marcelo Saraiva, Davi Dantas, Wilson Zauhy, Consuelo Yoshida, Diva Malerbi, André Nabarrete e Mairan Maia; o voto do Desembargador Federal

Souza Ribeiro foi no sentido de conceder parcialmente a segurança, nos termos do Relator, mas divergindo quanto à repetição dos valores pagos em virtude da liminar, para que tal questão seja apreciada em ação própria; e os votos dos Desembargadores Federal Peixoto Júnior e Cecília Marcondes, concedendo parcialmente a segurança, nos termos do voto do Relator, mas divergindo quanto à devolução dos valores recebidos em razão da liminar.

Para melhor refletir sobre a questão, pedi vista dos autos.

Preliminarmente, não se desconhece do julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia n. 1.369.832 do C. STJ, que trata dos segurados do Regime Geral da Previdência Social - RGPS.

Entretanto, no presente mandado de segurança cuida-se de pensionista de ex-funcionária pública federal vinculada ao Regime Próprio da Previdência Social - RPPS da Lei 8.112/90 e, portanto, inaplicável aquele precedente.

Na questão de mérito, com a devida vênia ao voto do e. Relator, entendo que a segurança deve ser concedida integralmente.

Isto porque a extensão do direito à pensão até os 24 anos para o filho universitário de servidor público civil, embora sem previsão expressa no Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, é medida que se impõe a partir de interpretação sistemática de integração de normas e da evolução legislativa nos seguintes termos.

A atual Constituição, que acaba de completar trinta anos, ao mesmo tempo em que retrata a sociedade brasileira da parte final do século XX, caracteriza-se também como constituição programática ou dirigente quando projeta o futuro ao traçar objetivos e estabelecer metas para o Estado brasileiro, os quais vão sendo confirmados pelas transformações sociais e integrados ao ordenamento jurídico por meio de emendas constitucionais e da legislação infraconstitucional.

Especificamente sobre a questão da provisão ao filho universitário, ressalto que, no plano constitucional, a educação é um direito social garantido no Art. 6º e regulado pelos artigos 205 e 227, *in verbis*:

> Art. 205. *A educação, direito de todos é dever do Estado* e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.
>
> Art. 227. *É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar* à criança, ao adolescente e *ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à* vida, à saúde, à alimentação, *à educação*, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Com a redação determinada pela EC 65 de 13/7/2010 Grifei

Destaco, ainda, exemplo clássico da evolução constitucional sobre o tema da educação no inciso I do Art. 208 o qual, em sua redação original, previa a garantia do direito ao ensino fundamental obrigatório e gratuito, que, à época, correspondia ao período de 7 aos 14 anos de idade.

A EC 59/2009, por sua vez, estendeu o direito à educação básica dos 4 aos 17 anos de idade, ou seja, tornou obrigatória a oferta de vagas para educação infantil e ensino médio.

Tal emenda constitucional reflete o fenômeno social do aumento da escolaridade que é exigido da população brasileira para que tenha acesso ao mercado de trabalho neste século

XXI, tendo em conta que as atividades manuais, que exigiam pouca ou nenhuma instrução, vêm sendo gradualmente automatizadas ao passo que os novos postos de trabalho, frutos de uma sociedade mais complexa, exigem qualificação profissional cada vez maior.

Como se vê, a próxima fronteira a ser alcançada pelo Estado brasileiro é justamente a universalização do acesso ao ensino superior. É o que se depreende da Lei 12.852/2013, que trata do Estatuto da Juventude, a qual prescreve em seus artigos 1º, § 1º e 8º:

> Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude - SINAJUVE.
> § 1º Para os efeitos desta Lei, *são consideradas jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade*.
>
> Art. 8º *O jovem tem direito à educação superior*, em instituições públicas ou privadas, com variados graus de abrangência do saber ou especialização do conhecimento, observadas as regras de acesso de cada instituição. Grifei

No que tange à legislação infraconstitucional, o primeiro marco histórico no avanço do reconhecimento do direito de provisão ao filho universitário se deu no Art. 35, § 1º, da Lei 9.250/95, que altera a legislação do imposto de renda de pessoas físicas para considerar como dependentes os menores de 21 anos, bem como aqueles que ainda estiverem cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau até 24 anos de idade.

Sobre o regime estatutário, ainda que o Art. 217, II, a, da Lei 8.112/90 disponha que o direito ao benefício da pensão temporária aos filhos de servidor público civil seja garantido até 21 anos de idade, *a mesma lei* em seu Art. 197, preceitua que:

> Art. 197. O salário-família é devido ao servidor ativo ou ao inativo, por *dependente econômico*.
> Parágrafo único. *Consideram-se dependentes econômicos* para efeito de percepção do salário-família:
> I - o cônjuge ou companheiro e os filhos, inclusive os enteados até 21 (vinte e um) anos de idade *ou, se estudante, até 24 (vinte e quatro) anos* ou, se inválido, de qualquer idade; Grifei

Nota-se claramente a preocupação do legislador em apoiar o servidor público a manter o sustento do filho universitário por meio do benefício denominado salário-família.

Flagrante, neste aspecto, o contraste com a contingência social muito mais grave de falecimento deste mesmo pai servidor público que deixa seu filho universitário desamparado ante a ausência de previsão expressa do direito ao benefício de pensão temporária.

No mesmo sentido, a evolução legislativa da Lei 3.765/60, que dispõe sobre as pensões militares, a qual originalmente previa pensão aos filhos de servidores militares menores de 21 anos, mas estendeu o benefício aos filhos universitários até os 24 anos por força da MP 2.215/2001, vigente até o presente momento por ser anterior à EC 32/2001, *in verbis*:

> Art. 7o *A pensão militar é deferida* em processo de habilitação, tomando-se por base a declaração de beneficiários preenchida em vida pelo contribuinte, na ordem de prioridade e condições a seguir: (Redação dada pela Medida provisória nº 2.215-10, de 31.8.2001)
> I - primeira ordem de prioridade: (Redação dada pela Medida provisória nº 2.215-10, de 31.8.2001)
> (...)

> d) *filhos* ou enteados até vinte e um anos de idade *ou até vinte e quatro anos de idade, se estudantes universitários* ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez; e (Incluída pela Medida provisória nº 2.215-10, de 31.8.2001) Grifei

Outrossim, quanto às pensões alimentares, o C. STJ já se manifestou no sentido de que no caso de filho maior, a pensão é devida pelo genitor em caso de frequência em curso universitário ou técnico, conforme julgado abaixo transcrito:

> AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. MAIORIDADE. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE. REVISÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ.
> AGRAVO IMPROVIDO.
> 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, em se tratando de filho maior, a pensão alimentícia é devida pelo seu genitor em caso de comprovada necessidade ou quando houver frequência em curso universitário ou técnico, por força do entendimento de que a obrigação parental de cuidar dos filhos inclui a outorga de adequada formação profissional. Porém, é ônus do alimentado a comprovação de que permanece tendo necessidade de receber alimentos. Precedentes.
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg nos EDcl no AREsp 791.322/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 01/06/2016)

Concluo, portanto, que na interpretação sistemática das leis, o que se infere da CF e das legislações infraconstitucionais supramencionadas é de que o Poder Judiciário não legisla positivamente ao conferir o direito à pensão ao dependente maior universitário, mas integra a norma omissa (Art. 217, II, "a", da Lei 8.112/91), por meio de princípios insertos na Carta Política e por meio do Art. 197 da própria Lei 8.112/90, que trata o filho estudante até 24 anos como dependente econômico, bem como do Art. 35, III, § 1º, da Lei 9.250/95 (legislação do imposto de renda de pessoa física) e do Art. 7º, I, "d", da Lei 3.765/60 (pensões dos militares), que conferem o mesmo direito ao filho universitário maior de 21 anos.

Ocorreu a evolução legislativa de acordo com a atual realidade brasileira com a nova redação do Art. 227, da CF (EC 65/2010) c.c Arts. 35, III, § 1º, da Lei 9.250/95 e Art. 7º, I, "d", da Lei 3.765/60, que além de continuarem a prever o benefício aos filhos até 21 anos de idade, estenderam a pensão ao filho universitário maior de 21 anos. A nova proteção constitucional dada ao jovem para que se mantenha mais tempo nos estudos, tornou-se não só direito constitucional, mas também previsto na Lei 12.852/2013.

Por fim, não se perca de vista que o tratamento distinto aos filhos universitários de servidores militares e civis, estendendo o direito de pensão até os 24 anos somente aos primeiros, sem um fator de discrímen pertinente, resulta em violação ao princípio da isonomia (Art. 5º, "caput", da CF).

Segundo o e. Ministro 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 desigualam, 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, 6ª ed, 1999, p. 61)

Ademais, o Art. 40, § 7º, da CF, que trata da pensão por morte dos servidores públicos em geral, não diferencia a pensão de civis e militares.

Ora, imagine-se a situação incongruente: se o genitor, em vida, tem o dever de alimentos aos filhos maiores universitários até os 24 anos de idade, mas vem a óbito, o direito à educação ao seu filho jovem, garantido constitucionalmente (Art. 227, CF), lhe é tolhido no meio do seu curso universitário por negar o Estado o pagamento de pensão? Justamente aquele mesmo Estado do Art. 227, da CF e que tem o dever constitucional de assegurar com absoluta prioridade o direito à educação ao jovem?

É da lógica que o pensionista com 21 anos esteja no meio do curso universitário, sendo de responsabilidade do sistema estatal acudir o dependente até completar vinte e quatro anos, em ordem de concluir sua formação universitária, evitando-se efeitos deletérios para toda a sociedade, no âmbito social e econômico.

O Profº Roberto Leal Lobo e Silva Filho, ex-reitor da USP, acadêmico, escritor e especialista em consultoria para Instituições de Ensino Superior (IES) publicou "A evasão é um dos maiores problemas do Ensino Superior, público ou privado. Representa uma perda social, de recursos e de tempo de todos os envolvidos, sendo motivos de críticas de especialistas e de estudiosos da Educação e da Economia. Nas IES públicas, a desistência dos alunos ao longo do curso é um dos assuntos que mais desperta preocupação devido à ociosidade e desperdício que representa para o sistema, que pode, inclusive, indicar deficiências de ordem acadêmica e de medida de efetividade do ensino".

A pesquisa do Instituto Lobo para o Desenvolvimento da Educação, da Ciência e da Tecnologia em 2016 revelou que nos cursos de graduação, 1.735.546 alunos cancelaram suas matrículas naquele ano, gerando então um prejuízo total das instituições de mais de 17 bilhões no ano, sendo 14,5 bilhões nas universidades particulares e 2,7 bilhões em universidades públicas, neste caso dinheiro que foi investido no aluno pelo contribuinte.

No site da revista Exame consta a seguinte notícia de 8/10/2016: "Pela primeira vez o governo federal divulgou um indicador que revela a trajetória de todos os estudantes ingressantes de graduação pelo período de 5 anos, que é o tempo médio dos cursos universitários. E os resultados foram alarmantes: de todos os alunos que ingressaram no ensino superior em 2010, cerca de metade (49%) abandonaram os cursos até o quarto ano, em 2014.".

Não se pode negar que uma das causas principais da evasão escolar decorre da dificuldade econômica de manter os estudos, pois implica, não só gastos com a mensalidade, mas transporte, material didático etc. e, em razão da necessidade de manter a sua própria subsistência, acabam por abandonar a faculdade e entram antecipadamente no mercado de trabalho, sem a devida qualificação e com a remuneração reduzida.

É cristalina a preocupação do Estado com a educação de ensino superior aos seus cidadãos, objetivando torná-la eficaz, seja por meio de normas constitucionais, seja por programas de incentivo por meio de bolsas de estudo como o Prouni e o Fies.

O país, por meio da educação, cria mão de obra qualificada para impulsionar a sociedade, a economia, e produzir, antes de tudo, a civilidade das pessoas.

A educação é garantia e direito social constitucional e negá-la ao jovem por meio de cessação de pensão significa vulneração flagrante à Constituição Federal.

A cessação do benefício para um pensionista universitário pode causar efeitos nefastos. O pensionista, jovem estudante, que já sofre com a perda do pai ou da mãe, tanto no aspecto psicológico, quanto no sentido econômico, pode ser obrigado a abandonar a universidade, por

falta de meios para custear os estudos e sua própria subsistência simultaneamente.

Destarte, diante do princípio da integração das normas e em razão da omissão do Art. 217, II, "a", da Lei 8.112/90, esta deve ser integrada pelos princípios constitucionais (Arts. 6º, 205 e 227, da CF), bem como pelo Art. 197 da mesma Lei 8.112/90, do Art. 35, III, § 1º, da Lei 9.250/95 e do Art. 7º, I, "d", da Lei 3.765/60, que garantem a pensão ao jovem estudante até 24 anos, sendo de rigor a concessão da segurança.

Portanto, a impetrante, estudante universitária, menor de 24 anos, tem direito à pensão por morte deixada por sua genitora, ex-funcionária pública federal.

Ante o exposto concedo a segurança.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0022354-42.2014.4.03.6100
(2014.61.00.022354-2)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: FERNANDO DE BARROS CORDEIRO
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: ApReeNec 363180
Disponibilidade do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/10/2018

EMENTA

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DIREITO À PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL.
I - Tendo em vista que o ato judicial submetido a reexame foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973, passo a proferir decisão monocrática com fundamento no disposto no seu artigo 557.
II - O mandado de segurança é instituto de natureza constitucional destinado à tutela jurisdicional de direitos subjetivos e será concedido para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou pelo abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.
III - Estatui o art. 156 da Lei 8.112/90 que é assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo administrativo disciplinar pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial. Já o §1º deste mesmo artigo confere ao presidente da comissão o poder de "denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos." O §2º do mesmo dispositivo, por sua vez, preceitua que será "indeferido o pedido de prova pericial, quando a comprovação do fato independer de conhecimento especial do perito." São quatro, portanto, as situações em que a legislação de regência faculta ao presidente da comissão processante inadmitir provas no processo administrativo disciplinar, a saber: provas impertinentes, meramente protelatórias, incapazes de esclarecer os fatos imputados ao servidor e as periciais, quando, neste última hipótese, a comprovação do fato independer de conhecimentos técnicos.
IV - No caso concreto, a pertinência da prova pericial requerida é manifesta, importa, ao menos em tese, para o esclarecimento dos fatos e não se revela meramente protelatória.
V - Há indicativos robustos no bojo do PAD de vulnerabilidade do sistema informatizado do órgão em questão, bem como de que, em razão desta vulnerabilidade, tenha havido ocorrências de uso indevido de senhas por terceiros.
VI - A mera notícia documentada em depoimento acerca vulnerabilidade do sistema de informática, acompanhada de relatos de episódios de uso indevido de senhas por terceiros, revela-se fato relevante e apto, em tese, a constituir matéria de defesa para o caso concreto.
VII - Negado provimento à apelação e à remessa oficial.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 27 de setembro de 2018.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de apelação interposta pelo *INSS* contra sentença que julgou *procedente* mandado de segurança impetrado por *FERNANDO DE BARROS CORDEIRO*, objetivando que fosse determinado à autoridade tida por coatora que promova os atos necessários á produção das provas denegadas por meio da ata de deliberação de fls. 1381/1382 do PAD principal, bem como designe dia e hora para a realização de perícia de informática nos computadores utilizados pelos médicos das APS/Tatuapé, cientificando o impetrante da designação para o acompanhamento pessoal, formulação de quesitos e acompanhamento por assistente técnico.

Apela o INSS, requerendo o conhecimento e provimento do agravo retido interposto contra a decisão que deferiu a liminar, bem como pugnando pela reforma da sentença.

Com contrarrazões fls. 648.

Manifestação do Ministério Público Federal pela inclusão do feito em pauta com a maior brevidade possível.

É o relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES – Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Anoto, de início, que, por ocasião da vigência do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/ 2015), o Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado Administrativo nº 2 no seguinte sentido, *verbis*:

> Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Segundo o entendimento adotado pela nossa Corte Superior de Justiça, o regime recursal será determinado pela data do provimento jurisdicional impugnado, de modo que, em se tratando de sentença publicada na vigência do Código de Processo Civil de 1973, aplicável o regramento previsto no artigo 557 daquele Código, conforme se verifica dos seguintes precedentes: Quarta Turma, AgRg no ARESP nº 849.405/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão; Primeira Turma, RESP 1.607.823/SP, Rel. Min. Regina Helena Costa).

Tendo em vista que o ato judicial submetido a reexame foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973, passo a proferir decisão monocrática com fundamento no disposto no seu artigo 557.

A pretensão deduzida no agravo de instrumento, convertido em agravo retido, confunde-se com o mérito da impetração e com ele será examinada.

O mandado de segurança é instituto de natureza constitucional destinado à tutela jurisdicional de direitos subjetivos e será concedido para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou pelo abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Pretende a parte apelante reforma de sentença que concedeu a segurança para que fosse determinado à autoridade tida por coatora que promova os atos necessários à produção das provas denegadas por meio da ata de deliberação de fls. 1381/1382 do PAD principal, bem como designe dia e hora para a realização de perícia de informática nos computadores utilizados pelos médicos das APS/Tatuapé, cientificando o impetrante da designação para o acompanhamento pessoal, formulação de quesitos e acompanhamento por assistente técnico.

A sentença não merece reforma.

Estatui o art. 156 da Lei 8.112/90 que é assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo administrativo disciplinar pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial. Já o §1º deste mesmo artigo confere ao presidente da comissão o poder de "denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos." O §2º do mesmo dispositivo, por sua vez, preceitua que será "indeferido o pedido de prova pericial, quando a comprovação do fato independer de conhecimento especial do perito." São quatro, portanto, as situações em que a legislação de regência faculta ao presidente da comissão processante inadmitir provas no processo administrativo disciplinar, a saber: provas impertinentes, meramente protelatórias, incapazes de esclarecer os fatos imputados ao servidor e as periciais, quando, neste última hipótese, a comprovação do fato independer de conhecimentos técnicos.

No caso concreto, a pertinência da prova pericial requerida é manifesta, importa, ao menos em tese, para o esclarecimento dos fatos e não se revela meramente protelatória.

Colhe-se dos autos que o servidor a quem é imputada falta disciplinar alega em sua defesa fato que depende de conhecimentos especiais. Há indicativos robustos no bojo do PAD de vulnerabilidade do sistema informatizado do órgão em questão, bem como de que, em razão desta vulnerabilidade, tenha havido ocorrências de uso indevido de senhas por terceiros.

Trago à consideração, a propósito, o depoimento da testemunha *SILVIA ALVES DA COSTA MURGIA* colhido às fls. 1148 do PAD:

> *PRIMEIRA PERGUNTA*: A depoente pode informar em razão de seus conhecimentos técnicos na utilização do SABI, quais as falhas que em seu entender existem? Tal sistema é vulnerável? *RESPOSTA*: Diz a depoente que faz apenas perícia médica. Que uma falha é permitir a realização de perícias em trânsito. Que toda documentação apresentada deveria ser escaneada e juntada ao sistema. Que todo sistema de informática tem seus problemas, não sendo só o SABI. Que o sistema SABI é vulnerável, na medida em que as perícias não realizadas ficam disponibilizadas no sistema para que possam ser realizadas posteriormente, reiterando que os antecedentes médico - periciais deveriam ser escaneados e juntados ao sistema SABI, para

> que ficassem registrados os procedimentos adotados pelo perito que efetivamente realizou a perícia...
> *SEGUNDA PERGUNTA*: A depoente sabe informar se as salas de atendimento médico são seguras, existe acesso livre as máquinas/computadores das salas de perícia?...
> *RESPOSTA*: Diz a depoente que é relativamente livre, mas que ninguém pode ser impedido de entrar nas salas. Que não tem vigilância específica para controle de entrada a tais salas..
> *TERCEIRA PERGUNDA*: A depoente teve conhecimento de usurpação de senhas por terceiros na concessão de benefícios e realização de perícias médicas?
> *RESPOSTA*: Diz a depoente que tem conhecimento que tais fatos ocorreram em GUARULHOS, ouvindo comentários de que servidores teriam de alguma maneira obtido senhas de médicos peritos.

A mera notícia documentada em depoimento acerca vulnerabilidade do sistema de informática, acompanhada de relatos de episódios de uso indevido de senhas por terceiros, revela-se fato relevante e apto, em tese, a constituir matéria de defesa para o caso concreto.

Essa foi também a conclusão a que chegou o juízo *a quo* em sua sentença, conforme se pode conferir:

> Entendo, contudo, que as provas requeridas pelo impetrante guardam pertinência com os fatos discutidos no processo administrativo, sendo relevantes para a apuração das irregularidades investigadas.
> O processo administrativo foi instaurado para apurar supostas irregularidades na concessão de benefícios a segurados e, em sua defesa, o impetrante alega que a concessão irregular de benefícios que lhe foi imputada no PAD é equivocada, alegando que o sistema eletrônico do INSS, denominado SABI, apresenta falhas que permitem o uso indevido da senha dos médicos por terceiros.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É o voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

Direito Comercial

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0006785-30.2016.4.03.6100
(2016.61.00.006785-1)

Apelante: JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - JUCESP
Apelada: UNIMED DO BRASIL CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS COOPERATIVAS MÉDICAS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 19ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO
Classe do Processo: ApReeNec 368925
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/10/2018

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. COMERCIAL. REGISTRO DE COMÉRCIO. EFEITOS SUBJETIVOS DA SENTENÇA. PODER REGULAMENTAR. EXIGÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. SOCIEDADES DE GRANDE PORTE NÃO CONSTITUÍDAS SOB A FORMA DE S/A. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INAPLICABILIDADE DO §2º DO ART. 22 DA LEI Nº 9.656/98 PARA A IMPETRANTE.
1. A Deliberação JUCESP nº 02/2015, exige a comprovação da prévia publicação do Balanço Anual e Demonstrações Financeiras do último exercício, no Diário Oficial e jornais de grande circulação, como condição para arquivamento dos documentos societários das sociedades limitadas de grande porte, ainda que não constituídas sob a forma de sociedades por ações, fundamentando a medida a sentença judicial, proferida nos autos do processo 2008.61.00.030305-7, e as disposições da lei 11.638 /07.
2. A correta exegese do art. 3º, da lei 11.638/07 não imputa às sociedades de grande porte, não constituídas sob a forma de sociedade por ações, a obrigatoriedade da publicação das demonstrações financeiras e do balanço, sendo-lhes imposto, exclusivamente, o cumprimento das disposições da Lei n 6.404/76 quanto à escrituração e à elaboração de demonstrações financeiras.
3. A escrituração e a elaboração de balanço, na forma da Lei 6.404/76, não implica, necessariamente, na consequente publicação.
4. Por outro lado, a impetrante, cooperativa de terceiro grau e que possui como objeto social a "representação nacional e internacional do Sistema das Sociedades Cooperativas - UNIMED" não está abarcada pela dispensa prevista no § 2º do art. 22 da Lei nº 9.656/98, não havendo prova nos autos de que o número de beneficiários da confederação é inferior a 20 mil.
6. Remessa oficial e recurso de apelação providos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 09 de outubro de 2018.
Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela Junta Comercial do Estado de São Paulo - Jucesp em face de sentença que concedeu a ordem, a fim de determinar à autoridade coatora que se abstenha de exigir da impetrante a publicação de suas demonstrações financeiras para fins de registro e arquivamento dos atos empresariais.

A Jucesp sustenta, em síntese, que a Deliberação nº 2/2015 está lastreada nas disposições da Lei 11.638/2007, bem como na determinação contida em sentença judicial proferida no processo 2008.61.00.30305-7 da 25ª Vara Federal de São Paulo, ambas no sentido da exigência de publicação das demonstrações financeiras das sociedades de grande porte, inclusive cooperativas, ainda que não constituídas pela forma de sociedades por ações.

Foram apresentadas contrarrazões.

Houve manifestação do Ministério Público Federal apenas pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

A Deliberação Jucesp nº 02/2015 exige a comprovação da prévia publicação do Balanço Anual e Demonstrações Financeiras do último exercício, no Diário Oficial e jornais de grande circulação, como condição para arquivamento dos documentos societários das sociedades limitadas de grande porte, ainda que não constituídas sob a forma de sociedades por ações, fundamentando a medida a sentença judicial, proferida nos autos do processo 2008.61.00.030305-7, e as disposições da Lei 11.638 /07.

De início, a ação nº 2008.61.00.30305-7, que tramitou perante a 25ª Vara Federal de São Paulo/SP, foi ajuizada pela ABIO - Associação Brasileira de Imprensas Oficiais em face da UNIÃO. Na demanda, foi julgado procedente pedido de declaração de nulidade do item 7 do Oficio Circular nº 099/2008 do DNRC - Departamento Nacional de Registro de Comércio, o qual conferia às empresas de grande porte a faculdade de publicar suas demonstrações financeiras em jornais oficiais ou em outro meios de divulgação, determinando a comunicação da decisão a todos os Presidentes de Juntas Comerciais, Procuradores e Secretários Gerais.

Pois bem. Verificado em consulta realizada no Sistema de Acompanhamento Processual da Justiça Federal que pende de apreciação nesta Corte a apelação interposta pela União contra a sentença proferida, conforme relatado a parte autora não participou do processo. Pode, dessa forma, questionar a exigência de obrigatoriedade de divulgação das informações patrimoniais e financeiras.

Na forma do art. 472, do CPC, o comando da sentença, ainda não transitada em julgado, somente é oposto contra quem participou do processo. Vale dizer, não pode beneficiar, nem prejudicar terceiros.

Por sua vez, dispõe o art. 3º da Lei 11.638 /2007:

> Art. 3º Aplicam-se às sociedades de grande porte, ainda que não constituídas sob a forma de sociedades por ações, as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras e a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado na Comissão de Valores Mobiliários.
> Parágrafo único. Considera-se de grande porte, para os fins exclusivos desta Lei, a sociedade ou conjunto de sociedades sob controle comum que tiver, no exercício social anterior, ativo total superior a R$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais) ou receita bruta anual superior a R$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais).

A correta exegese do art. 3º, da Lei 11.638 /07 não imputa às sociedades de grande porte, não constituídas sob a forma de sociedade por ações, a obrigatoriedade da publicação das demonstrações financeiras e do balanço, sendo-lhes imposto, exclusivamente, o cumprimento das disposições da Lei n 6.404/76 quanto à escrituração e à elaboração de demonstrações financeiras.

E, interessa notar, que a escrituração e a elaboração de balanço, na forma da Lei 6.404/76, não implica, necessariamente, na consequente publicação.

Por fim, não tendo sido a exigência em questão objeto de lei, a Deliberação Jucesp nº 02/2015, exorbita os limites do seu poder regulamentar, violando o principio da legalidade.

Nesse mesmo sentido, cito os seguintes precedentes desta Corte:

> *PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. AFASTAMENTO. REQUISITOS LEGAIS QUE FORAM OBSERVADOS. DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO DE APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. DELIBERAÇÃO Jucesp N. 02/2015. EXIGÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS NA IMPRENSA OFICIAL E EM JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. DICÇÃO DO ART. 37, CAPUT, DA CF/88. APELAÇÃO PROVIDA*. - Afasto a preliminar de nulidade da sentença por aplicação indevida do disposto no artigo 285-A do CPC/73, pois os requisitos lá previstos foram observados, vez que se trata de questão apenas de direito e foi proferida sentença de improcedência em caso idêntico. Dispõe o art. 1º da Deliberação jucesp n. 02/2015 que as sociedades empresárias de grande porte deverão publicar o Balanço Anual e as Demonstrações Financeiras do último exercício em jornal de grande circulação no local da sede da sociedade e no Diário Oficial do Estado. - Por sua vez, da leitura do art. 3º da Lei n. 11.638 /07 conclui-se que as disposições a serem observadas pelas sociedades de grande porte não constituídas sob a forma de S/A são aquelas relativas à escrituração e elaboração de demonstrações financeiras, e não quanto a sua publicação. - Desse modo, não cabe ao administrador público ampliar, por meio de ato administrativo infralegal de caráter normativo, os termos estipulados pela lei, sob pena de afronta ao princípio da legalidade insculpido no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988. - O princípio em referência, no âmbito do Direito Administrativo, tem conteúdo diverso daquele aplicável na seara do Direito Privado. É que, enquanto no Direito Privado o princípio da legalidade estabelece ser lícito realizar tudo aquilo que não esteja proibido por lei, no campo do Direito Público a legalidade estatui que à Administração Pública só é dado fazer aquilo que esteja previsto em lei. - Recurso de apelação a que se dá provimento.(AMS 00222329220154036100, DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/03/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

> *APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REGISTRO DE EMPRESA. EXIGÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. SOCIEDADES DE GRANDE POR-*

TE NÃO CONSTITUÍDAS SOB A FORMA DE S/A. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. I. O artigo 3º da Lei 11.638 /07 limitou-se a estender às sociedades de grande porte, ainda que não constituídas sob a forma de sociedades por ações, as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, apenas no que tange à "escrituração e elaboração de demonstrações financeiras e a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado na Comissão de Valores Mobiliários". II. Deste modo, exorbita da referida legislação (art. 3º da Lei 11.638 /07), impor, por meio da Deliberação jucesp nº 02/2015, às sociedades de grande porte, não sujeitas ao regime da Lei nº 6.404/76, a obrigatoriedade de publicação Balanço Anual e as Demonstrações Financeiras do último exercício, em jornal de grande circulação no local da sede da sociedade e no Diário Oficial do Estado. III. Dessa forma, não havendo menção no artigo 3º, da Lei nº 11.638 /07 quanto à publicação destes, inviável a ampliação da norma por parte da *Jucesp*. IV. Apelação a que se nega provimento. (AMS 00126867620164036100, DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/02/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. COMERCIAL. REGISTRO DE COMÉRCIO. EFEITOS SUBJETIVOS DA SENTENÇA. PODER REGULAMENTAR. EXIGÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. SOCIEDADES DE GRANDE PORTE NÃO CONSTITUÍDAS SOB A FORMA DE S/A. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.
1. Apelação e reexame necessário de sentença.
2. De acordo com o disposto no art. 472 do CPC, a coisa julgada somente produz efeitos em relação aos integrantes da relação jurídico-processual em curso de maneira que, em regra, terceiros não podem ser beneficiados ou prejudicados. Assim, o simples fato da ação proposta pela "ABIO" ter sido julgada procedente, em primeira instância, não pode caracterizar o único fundamento para a exigência das publicações das demonstrações financeiras, conforme determina a Deliberação nº 2/2015 da Jucesp .
3. Conforme as disposições do art. 3º da Lei 11.638/2007, não há obrigatoriedade da prévia publicação do Balanço Anual e Demonstrações Financeiras do último exercício, no Diário Oficial e jornais de grande circulação, como condição para registro dos atos societários das empresas de grande porte na jucesp .
4. Ao administrador público, no exercício do poder regulamentar, não é permitido ampliar esses limites legais, criando obrigações às sociedades de grande porte, as quais não estão previstas na norma jurídica, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.
5. Apelação e reexame necessário improvidos.
(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, AMS 0009826-39.2015.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 24/11/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/12/2015)

Assim, conclui-se pela manutenção da sentença apelada.

Por fim, anoto que eventuais outros argumentos trazidos nos autos ficam superados e não são suficientes para modificar a conclusão baseada nos fundamentos ora expostos.

Ante o exposto, *nego provimento à remessa oficial e à apelação*, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR:

Ao início, anoto que o presente mandamus foi impetrado por cooperativa de plano de saúde que se submete aos ditames da Lei nº 9.656/98, que assim dispõe em seu art. 22, *caput*:

> Art. 22. As operadoras de planos privados de assistência à saúde submeterão suas contas a auditores independentes, registrados no respectivo Conselho Regional de Contabilidade e na Comissão de Valores Mobiliários - CVM, *publicando, anualmente, o parecer respectivo, juntamente com as demonstrações financeiras determinadas pela Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976*.

Sustentou a impetrante a ilegalidade da Deliberação nº 02/2015 da JUCESP em exigir das sociedades de grande porte a publicação de balanço anual e demonstrações financeiras no diário oficial e em jornal de grande circulação como condição para registro de ato perante a Junta Comercial, bem como que também estaria dispensada da referida publicação em razão do disposto no §2º do art. 22 da Lei nº 9.656/98 que "estabeleceu a obrigatoriedade da publicação de balanço para as Operadoras de Planos de Saúde, mas dispensou expressamente aquelas com número de beneficiários inferior a 20 (vinte) mil usuários, como é o caso da IMPETRANTE que detém apenas 3 usuários" (fl. 19).

Quanto à legalidade da Deliberação nº 02/2015 da JUCESP, o entendimento que adoto na questão é de que além do que se pode concluir em linha de interpretação teleológica avulta em desfavor da tese sustentada pela empresa de grande porte a adequação conceitual entre os elementos envolvidos na questão. Na hora da elaboração das demonstrações financeiras tanta exigência de "clareza" (art. 176, "*caput*", da Lei 6.404/76), de não utilização de "designações genéricas" (§2º), de "notas explicativas" (§4º) etc e da escrituração minuciosa observância de métodos e critérios contábeis (art. 177) e de normas em consonância com padrões internacionais de contabilidade (§§3º e 5º) etc mas quando se trata de conhecimento ao público não importa o raio de divulgação, esta a "lei" qual interpretada pela parte interessada. Não pode ser. Não faz sentido uma equiparação manca, que não acompanha deixando à distância relevantes interesses protegidos pela divulgação das demonstrações financeiras. Por outro lado, caráter de tergiversação é o que se vislumbra em argumentos baseados em distinções entre elaboração e escrituração, de um lado, e publicação, de outro, ninguém deste lado estando a dizer fossem coisas no mundo físico idênticas mas que o fundamental na questão é considerar o que sejam *disposições* sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras e desse conceito participa a publicação e sua forma determinadas na lei.

A Lei nº 11.638/07 é clara ao dispor sobre a aplicação às sociedades de grande porte do regime de escrituração e elaboração de demonstrações financeiras previsto para as sociedades anônimas, nele inserindo-se a publicação ordenada, incluída entre as disposições gerais da seção tratando das demonstrações financeiras, e na linha de interpretação exposta motivos não há para considerar-se excluída do alcance da equiparação legal a determinação da forma de divulgação, pelo teor abrangente do conjunto de publicações nela ordenadas apropriadamente inserida nas disposições gerais da Lei nº 6.404/76.

Observa-se que o legislador optou tratar das demonstrações financeiras em seção homônima com duas divisões, a primeira estabelecendo disposições gerais e ordenando a publicação e a segunda dispondo sobre a escrituração, e subsequentes estatuindo sobre elaboração de cada espécie de demonstrações financeiras e o ora interpretado dispositivo legal compatibiliza-se com a forma de divisão de assuntos escolhida na Lei nº 6.404/76.

Na ótica das sociedades de grande porte, a lei imaginária apta a impor a exigência poderia ser esta: "Aplicam-se às sociedades de grande porte, ainda que não constituídas sob a forma

de sociedades por ações, as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sobre escrituração, elaboração e publicação de demonstrações financeiras e a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado na Comissão de Valores Mobiliários", com redação tratando como objetos de disposições diversas a escrituração, a elaboração e a publicação das demonstrações financeiras, mas a publicação ordenada é disposição referente à escrituração e elaboração das demonstrações financeiras, convindo anotar que não só do arbítrio do legislador retira essa condição mas das noções juridicamente e não empiricamente entendidas.

Uma coisa é a materialidade das demonstrações financeiras nas páginas dos jornais depois das pertinentes providências operacionais, fisicamente diversa das ações de especialistas com escrupulosas minúcias produzindo as demonstrações financeiras, outra as demonstrações financeiras elevadas do insignificante plano físico e juridicamente concebidas, e a consequente visão no momento, aliás crucial, do conhecimento ao público, de mesmo dever que se prolonga, e não outro de natureza diversa que com solução de continuidade tomasse lugar.

Em suma, a convicção que formo é de que a questionada exigência não decorre de nenhuma "ampliação" da lei, a tese favorável aos interesses das empresas de grande porte é que indevidamente restringe o comando legal.

Quanto ao processo de nº 0030305-97.2008.403.6100, cabe anotar a possibilidade de a JUCESP, por decisão sua com significado de voluntário cumprimento da lei, deliberar acerca de tal exigência legal, pelo que não se põem questões reportando-se aos atos do referido feito, mas somente a de interpretação da lei que ora se faz.

Também assevero que decide este julgador amparado no princípio da livre convicção, que não sofre limitações fora dos casos expressos da lei, a propósito cabendo anotar que a questão ainda se encontra em incipiente estado de discussão nos tribunais e o quadro que se delineia na jurisprudência é somente de provisória e não definitiva vantagem da tese sustentada pela parte autora.

Por fim, ressalto que também não prospera a alegação de dispensa de publicação em razão do disposto no §2º do art. 22 da Lei nº 9.656/98. Assim preceitua referido dispositivo legal:

> § 2º. As operadoras com número de beneficiários inferior a vinte mil usuários ficam dispensadas da publicação do parecer do auditor e das demonstrações financeiras, devendo, a ANS, dar-lhes publicidade. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

No caso, alega a impetrante estar acobertada pela dispensa do referido parágrafo alegando que possui tão somente 3 usuários e para tanto junta documento de fl. 70 extraído do sítio eletrônico da ANS - Agência Nacional de Saúde Complementar em que consta em seus dados cadastrais: "Total de Consumidores: 3 - Competência: Fevereiro/2016".

Ora, é notório que a impetrante, cooperativa de terceiro grau e que possui como objeto social a "representação nacional e internacional do Sistema das Sociedades Cooperativas - UNIMED" não possui somente três beneficiários. Seus beneficiários correspondem a todos os usuários de seus confederados, que atuam em âmbito nacional e internacional, de forma que o documento de fl. 70 não se mostra apto à prova de que estaria a impetrante abarcada pela dispensa prevista no §2º do art. 22 da Lei nº 9.656/98, não havendo prova nos autos de que o número de beneficiários da confederação é inferior a 20 mil.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso e à remessa oficial.

É como voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES:

Trata-se de *reexame necessário* e de *recurso de apelação* interposto pela *Junta Comercial do Estado de São Paulo - SP* em face de sentença que *julgou procedente* o pedido formulado em mandado de segurança impetrado por Unimed do Brasil - Confederação Nacional das Cooperativas Médicas com o escopo de afastar a exigência de publicação de suas demonstrações financeiras como condição de registro e arquivamento de atos empresariais.

O eminente Desembargador Federal Souza Ribeiro (Relator) votou no sentido de negar provimento ao apelo e ao reexame necessário e o eminente Desembargador Federal Peixoto Junior proferiu voto-vista dando provimento ao recurso e ao reexame, sendo o julgamento suspenso por força do meu pedido de vista formulado em decorrência da existência de dispositivo na Lei nº 9.656/1998 tratando da matéria e que poderia implicar em resolução diversa do entendimento ao qual tenho me filiado.

É o breve relatório. Passo a proferir o meu voto.

Anoto, de início, que a controvérsia relativa à legalidade da Deliberação nº 02/2015 da JUCESP é conhecida nesta Turma e que, como já ressaltado, o pedido de vista foi formulado para uma maior reflexão a respeito do artigo 22 da Lei nº 9.656/1998, que possui a seguinte redação, *verbis*:

> Art. 22. As operadoras de planos privados de assistência à saúde submeterão suas contas a auditores independentes, registrados no respectivo Conselho Regional de Contabilidade e na Comissão de Valores Mobiliários - CVM, publicando, anualmente, o parecer respectivo, juntamente com as demonstrações financeiras determinadas pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.
> § 2º. As operadoras com números de beneficiários inferior a vinte mil usuários ficam dispensadas da publicação do parecer do auditor e das demonstrações financeiras, devendo a ANS, dar-lhes publicidade. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001).

Da leitura do dispositivo supracitado concluo no sentido de que o tratamento da matéria dado à impetrante é o mesmo atribuído às sociedades anônimas, de modo que, no presente caso, não vislumbro a ilegalidade apontada na inicial.

Enfim, como observou o eminente Desembargador Federal Peixoto Junior, a impetrante, na condição de cooperativa de terceiro grau e que representa nacional e internacionalmente o "Sistema das Sociedades Cooperativas - UNIMED", não possui somente três beneficiários, sendo a ela inaplicável a dispensa prevista no §2º daquele diploma legal.

Diante do exposto, com redução de fundamento, acompanho a divergência para dar provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES

VOTO RETIFICADOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Passo a complementar meu voto apresentado na sessão de julgamento da Segunda Turma,

em 05.06.18, nos termos abaixo explanados.

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta contra sentença que concedeu a ordem, a fim de determinar à autoridade coatora que se abstenha de exigir da UNIMED DO BRASIL CONFEDERACAO NACIONAL DAS COOPERATIVAS MEDICAS a publicação de suas demonstrações financeiras para fins de registro e arquivamento de seus atos empresariais.

Sustentava a JUCESP, em síntese, que a Deliberação nº 2/2015 está lastreada nas disposições da Lei 11.638/2007, bem como na determinação contida em sentença judicial proferida no processo 2008.61.00.30305-7 da 25ª Vara Federal de São Paulo, ambas no sentido da exigência de publicação das demonstrações financeiras das sociedades de grande porte, inclusive cooperativas, ainda que não constituídas pela forma de sociedades por ações.

A impetrante responde o recurso, sustentando a ilegalidade da Deliberação nº 02/2015 da JUCESP em exigir das sociedades de grande porte a publicação de balanço anual e demonstrações financeiras no diário oficial e em jornal de grande circulação como condição para registro de ato perante a Junta Comercial. Além disso, argumentou que também estaria dispensada da referida publicação em razão do disposto no §2º do art. 22 da Lei nº 9.656/98 que "estabeleceu a obrigatoriedade da publicação de balanço para as Operadoras de Planos de Saúde, mas dispensou expressamente aquelas com número de beneficiários inferior a 20 (vinte) mil usuários, como é o caso da IMPETRANTE que detém apenas 3 usuários" (fl. 19).

Em meu voto inicial, mantive a sentença recorrida sob o argumento de que a "correta exegese do art. 3º, da Lei 11.638 /07 não imputa às sociedades de grande porte, não constituídas sob a forma de sociedade por ações, a obrigatoriedade da publicação das demonstrações financeiras e do balanço, sendo-lhes imposto, exclusivamente, o cumprimento das disposições da Lei n 6.404/76 quanto à escrituração e à elaboração de demonstrações financeiras. E, interessa notar, que a escrituração e a elaboração de balanço, na forma da Lei 6.404/76, não implica, necessariamente, na consequente publicação. Por fim, não tendo sido a exigência em questão objeto de lei, a Deliberação Jucesp nº 02/2015, exorbita os limites do seu poder regulamentar, violando o principio da legalidade".

No voto-vista apresentado pelo Des. Fed. Peixoto Junior, houve divergência quanto à legalidade da Deliberação nº 02/2015 da JUCESP, vez que o entendimento adotado "na questão na questão é de que além do que se pode concluir em linha de interpretação teleológica avulta em desfavor da tese sustentada pela empresa de grande porte a adequação conceitual entre os elementos envolvidos na questão. Na hora da elaboração das demonstrações financeiras tanta exigência de 'clareza' (art. 176, 'caput', da Lei 6.404/76), de não utilização de 'designações genéricas' (§2º), de 'notas explicativas' (§4º) etc e da escrituração minuciosa observância de métodos e critérios contábeis (art. 177) e de normas em consonância com padrões internacionais de contabilidade (§§3º e 5º) etc mas quando se trata de conhecimento ao público não importa o raio de divulgação, esta a 'lei' qual interpretada pela parte interessada. Não pode ser. Não faz sentido uma equiparação manca, que não acompanha deixando à distância relevantes interesses protegidos pela divulgação das demonstrações financeiras. Por outro lado, caráter de tergiversação é o que se vislumbra em argumentos baseados em distinções entre elaboração e escrituração, de um lado, e publicação, de outro, ninguém deste lado estando a dizer fossem coisas no mundo físico idênticas mas que o fundamental na questão é considerar o que sejam disposições sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras e desse conceito participa a publicação e sua forma determinadas na lei". Em seu voto, o Des. Fed. Peixoto Junior entendeu que "a questionada exigência não decorre de nenhuma 'ampliação' da lei, a tese favorável aos interesses das empresas de grande porte é que indevidamente restringe

o comando legal".

No que se refere à alegação da impetrante de dispensa de publicação em razão do disposto no §2º do art. 22 da Lei nº 9.656/98, incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001 (§ 2o As operadoras com número de beneficiários inferior a vinte mil usuários ficam dispensadas da publicação do parecer do auditor e das demonstrações financeiras, devendo, a ANS, dar-lhes publicidade), o Des. Fed. Peixoto Junior dispôs em seu voto:

> No caso, alega a impetrante estar acobertada pela dispensa do referido parágrafo alegando que possui tão somente 3 usuários e para tanto junta documento de fl. 70 extraído do sítio eletrônico da ANS - Agência Nacional de Saúde Complementar em que consta em seus dados cadastrais: "Total de Consumidores: 3 - Competência: Fevereiro/2016".
>
> Ora, é notório que a impetrante, cooperativa de terceiro grau e que possui como objeto social a "representação nacional e internacional do Sistema das Sociedades Cooperativas - UNIMED" não possui somente três beneficiários. Seus beneficiários correspondem a todos os usuários de seus confederados, que atuam em âmbito nacional e internacional, de forma que o documento de fl. 70 não se mostra apto à prova de que estaria a impetrante abarcada pela dispensa prevista no §2º do art. 22 da Lei nº 9.656/98, não havendo prova nos autos de que o número de beneficiários da confederação é inferior a 20 mil.

Nessa sessão, em 09.10.18, apresentou voto-vista o Des. Fed. Cotrim Guimarães, nos seguintes termos:

> Anoto, de início, que a controvérsia relativa à legalidade da Deliberação nº 02/2015 da JUCESP é conhecida nesta Turma e que, como já ressaltado, o pedido de vista foi formulado para uma maior reflexão a respeito do artigo 22 da Lei nº 9.656/1998, que possui a seguinte redação, *verbis*:
> (...)
> Da leitura do dispositivo supracitado concluo no sentido de que o tratamento da matéria dado à impetrante é o mesmo atribuído às sociedades anônimas, de modo que, no presente caso, não vislumbro a ilegalidade apontada na inicial.
> Enfim, como observou o eminente Desembargador Federal Peixoto Junior, a impetrante, na condição de cooperativa de terceiro grau e que representa nacional e internacionalmente o "Sistema das Sociedades Cooperativas – UNIMED", não possui somente três beneficiários, sendo a ela inaplicável a dispensa prevista no § 2º daquele diploma legal.

Assim, diante do enfrentamento da questão sob a ótica da redação do artigo 22 da Lei 9.656/98, retifico a conclusão do meu voto anteriormente proferido, adotando as razões de decidir trazidas pelos meus pares, exclusivamente quanto à referida aplicação da Lei dos planos e seguros privados de assistência à saúde, as quais farão parte integrante deste julgamento.

Isto posto, adoto, em parte, as razões de decidir dos votos-vista apresentados, retifico meu voto anteriormente proferido e *DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL*.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

Direito Constitucional

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL
0000663-18.2005.4.03.6122 (2005.61.22.000663-4)

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apeladas: UNIÃO FEDERAL E FLORALCO AÇÚCAR E ÁLCOOL LTDA.
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE TUPÃ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS
Classe do Processo: Ap 1233531
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/10/2018

EMENTA

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. VEDAÇÃO AO RETROCESSO EM DIREITOS SOCIAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 38 E 42, AMBOS DA LEI N. 12.865/2013.
I - A Lei nº 4.870/1965 que criou o PAS sucro alcooleiro foi recepcionada pela atual Constituição de 1988.
II - Aceitar a vigência e eficácia do preceito que se extrai da Lei n. 12.865/2013 implicaria violar dois subprincipios da Segurança Jurídica: *a irretroatividade das leis e a vedação ao retrocesso em direitos sociais*. Para tanto, imaginemos uma modesta família de lavradores (marido, mulher e dois filhos), empregados de fazenda produtora de cana de açúcar. Possuem o casal e seus filhos legítima expectativa de que 1% da Receita Bruta referente à cana entregue às usinas seja aplicado em assistência médica, farmacêutica e social que lhes aproveite. Vale dizer: a obrigação legal criou direito subjetivo de índole social exigível pelos seus beneficiários. Obrigação dos produtores de um lado, e direitos a prestações sociais de outro. Com esse cenário humano de fundo, vejamos se a Lei. n. 12.865/2013 subsiste aos princípios da irretroatividade e vedação ao retrocesso.
III - De outra parte, sob o ângulo do *também principio constitucional da Igualdade*, admitir-se a extinção de obrigações sociais perfeitas e acabadas seria tratar com menoscabo, com má fé os produtores/usinas que honraram em tempo e modo suas obrigações sociais de mesma índole, mesmo que tenham sido compelido a fazê-lo por ordem judicial. Premiar-se-ia, mais uma vez, o inadimplente. Prática odiosa que avilta o sentimento de Justiça e retidão no cumprimento social da Consituição e leis do País.
IV - Mesmo que não retroativas, medidas legislativas com caráter prospectivo (já que alcançam situações futuras, como na hipótese das obrigações sociais de PAS ainda por vencer) podem significar retrocesso em termos de justas expectativas criadas pelo legislador em termos de direitos públicos subjetivos. Um dos mais importante juristas do sec XX, Ronald Dworkin, sustenta que o Direito em muito se assemelha à Literatura. Como a Literatura, o Direito seria uma espécie de "romance em cadeia", uma obra escrita a muitas mãos. Cada juiz, cada tribunal estaria participando desse esforço coletivo, escrevendo capítulos sucessivos nessa empreitada normativa. Obras literárias possuem valor quando a historia que narram podemos atribuir um sentido, um valor

que confere qualidade ao texto. A imersão na narrativa que nos faz ver coisas que antes não víamos, ou sentir algo que nos faz, de alguma maneira, diferentes, às vezes melhor.
V - Usando essa analogia literária de Dworkin, podemos ver o subsistema dos Direitos Fundamentais como uma obra histórica coletiva, que vem se ampliando ao longo do mundo moderno, e ao qual podemos atribuir um sentido ao ler a historia de sua caminhada dos Direitos Naturais, passando aos Direitos Morais não positivados e chegando hoje aos Direitos Fundamentais com foro de dignidade constitucional com plena e séria eficácia. Destarte, um dos sentidos que podemos, sem receio de exagerar, perceber nesse tema é da constante ampliação dos Direitos Fundamentais. Partiram desde a 1ª Dimensão (liberdades formais), passando por sucessivas dimensões que incoporaram direitos sociais e até direitos transindividuais e transnacionais. Assim, voltando à semelhanças entre o Direito e a Literatura, vemos como uma má interpretação dessa história admitir-se a retirada do mundo jurídico de direitos que são frutos de concretizações legislativas de Direitos Fundamentais. Essa história é ascendente, não descendente. Tem sentido de ampliação, não de restrição ou supressão.
VI - Admite-se, portanto, a revogação de leis instituidoras de Direitos Sociais desde que se mantenha, ou seja criado um - para usar uma linguagem da teoria dos sistemas - "equivalente funcional", um instituto que mantenha a vantagem, o beneficio que auferia o titular do direito extinto. Sem políticas compensatórias (equivalentes funcionais) proíbe-se a retirada de direitos conferidos pela lei ao concretizar o principio constitucional da Igualdade e da Justiça Social.
VIII - São inconstitucionais os artigos 38 e 42, ambos da Lei n. 12.865/2013 à vista da Constituição Federal. Arguição de Inconstitucionalidade. Questão submetida à apreciação do Órgão Especial nos termos do artigo 97 da Constituição Federal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, *examinando a recepção ou não da Lei nº 4.870/1965 pela CF/88, por unanimidade, concluiu pela sua recepção. Prosseguindo, por maioria, acolheu a arguição de inconstitucionalidade relativa à Lei nº 12.865/2013, nos termos do voto do Relator, com quem votaram os Desembargadores Federais Luiz Stefanini, por fundamento diverso, e Tânia Marangoni, vencido o Desembargador Federal Newton De Lucca, que a rejeitava.*

São Paulo, 24 de setembro de 2018.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Cuida-se de ação civil pública, proposta pelo Ministério Público Federal em face da União Federal e da Destilaria Flórida Paulista - Floralco Ltda., tendo como objeto a condenação da União Federal na promoção da efetiva fiscalização da aplicação dos recursos do PASB e o reconhecimento da obrigação de fazer pela Destilaria Flórida Paulista - Floralco Ltda. consistente na elaboração e execução concreta do plano de assistência social (PAS) em benefício dos trabalhadores rurais e urbanos da agroindústria canavieira, na forma estabelecida pela Lei

n. 4.870/65, regulamentada pelo Decreto-Lei n. 308/67, seguido da Resolução n. 07/80 do antigo Instituto do Açúcar e do Álcool - IAA.

A sentença de fls. 249/257 julgou improcedente o pedido sob o fundamento de que a contribuição em questão não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, não havendo, portanto, como compelir as rés na elaboração, execução e fiscalização do PAS.

Inconformado o *Parquet* Federal interpôs recurso de apelação e requer reforma do provimento objurgado, reiterando os argumentos expostos na inicial da ação civil pública (fls. 279/305).

Com contrarrazões subiram os autos (fls. 317/328 e 329/339).

Aos 31.07.2012 foi proposta questão de ordem que fora acolhida para o fim de ser reconhecida a incompetência da 1ª Seção, 1ª Turma, para conhecer e julgar o recurso e suscitar conflito negativo de competência a ser encaminhado ao órgão Especial (fls. 344/345-verso).

Parecer do Ministério Público Federal (fls. 347/351) opinando, em preliminar, pela competência da Terceira Seção para julgamento do recurso. No mérito, pugna pelo provimento da apelação interposta.

Conflito de Competência n. 2012.03.00031188-1 julgado procedente para firmar a competência de uma das Turmas da 3ª Seção para processamento e julgamento deste Ação Civil Pública (fls. 355/359-verso).

Aos 14.08.2013 os autos foram encaminhados à UFOR para redistribuição (fl. 362).

Em 21.08.2013 o presente feito aportou neste gabinete.

Novamente os autos foram encaminhados ao órgão ministerial que pugnou pela declaração de inconstitucionalidade da incidência retroativa do artigo 38 da Lei n. 12.865/2013 - fls. 366/367.

Aos 17.08.2015 a 8ª Turma, por maioria, acolheu a arguição de inconstitucionalidade (fls. 383/384), restando vencido o Des. Fed. Newton de Lucca que fez declaração de voto (fls. 390/392).

Embargos declaração opostos por Floralco Açúcar a Álcool Ltda (fls. 403/412), os quais foram rejeitados (fls. 431/434-verso).

A arguição de inconstitucionalidade fora distribuída ao Órgão Especial desta Corte e julgada aos 25.10.2017, *in verbis*:

> Diante disso, verificando que o feito veio a este Órgão Especial sem o prévio exame da recepção ou não da Lei n. 4.870/1965, suscito a presente questão preliminar de não conhecimento da arguição de inconstitucionalidade.

Do teor do julgado as partes foram intimadas para manifestação.

É o relatório.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

1 - Introdução

A União Federal pleiteia a extinção do processo sem julgamento do mérito em virtude

da entrada em vigor da Lei n. 12.865/2013 que derrogou a Lei n. 4.780/1965.

A bem da clareza, transcrevemos as partes relevantes desses diplomas legais:

> *Lei nº 4.870/1965*
> Art 23. As parcelas referidas nas letras a e b do artigo anterior terão a seguinte aplicação:
> b) até 10% (dez por cento) para financiamento e custeio de serviços de assistência aos trabalhadores da agro-indústria canavieira e seus dependentes;
>
> Art. 35: A parcela resultante do percentual estabelecida na alínea b do art. 23 será aplicada em programas de assistência social aos trabalhadores da agro-indústria canavieira, tendo por objeto:
> a) higiene e saúde, por meio de assistência médica, hospitalar e farmacêutica, bem como à maternidade e a infância, complementando a assistência prestada pelas usinas e fornecedores de cana;
> b) complementação dos programas de educação profissional e de tipo médio gratuitas;
> c) estímulo e financiamento a cooperativas de consumo;
> d) financiamento de culturas de subsistência, nas áreas de terras utilizadas pelos trabalhadores rurais, de acordo com o disposto no artigo 23, do Decreto-lei nº 6.969 de 19 de outubro de 1944;
> e) promoção e estímulo de programas educativos, culturais e de recreação.
> Art. 36: Ficam os produtores de cana, açúcar e álcool obrigados a aplicar, em beneficio dos trabalhadores industriais e agrícolas das usinas, destilarias e fornecedores, em serviços de assistência médica, hospitalar farmacêutica e social, importância corresponde no mínimo, as seguintes percentagens:
> a) de 1% (um por cento) sobre o preço oficial de saco açúcar de 60 (sessenta) quilos, de qualquer tipo, revogado o disposto no art. 8º do Decreto - lei n º 9.827, de 10 de setembro de 1946;
> b) de 1% (um por cento) sobre o valor oficial a tonelada de cana entregue, a qualquer título, às usinas, destilarias anexas ou autônomas, pelos fornecedores ou lavradores da referia matéria;
> c) de 2% (dois por cento) sobre o valor oficial do litro de álcool de qualquer tipo produzido nas destilarias.

Em três níveis serão examinadas as questões que se apresentam nesse feito referente à vigência, eficácia desse diploma legal: a) recepção pela CF/88 b) Inconstitucionalidade da lei n. 12865/13 c) Violação por essa lei da Convenção Americana de Direitos Humanos.

2 - Recepção do Regime do PAS pela CF/88.

Inicialmente, vejamos a questão da recepção ou não pela Constituição de 1988 da lei n. 4870/65.

Nesse passo, nos socorremos da pesquisa realizada pelo eminente *procurador da República e professor de Direito Constitucional Robério Nunes dos Anjos Filho*, retratando parecer da PFN e entendimento jurisprudencial.

Parecer PGFN/CAF/nº 1.941/2001:

> Observa-se que, não obstante a extinção do IAA pelo Decreto nº 99.240, de 1990, e a liberação de preços promovida pela Portaria nº 102, de 1998, a obrigação de os produtores do setor contribuírem para o PAS continua em vigor.
> A uma, porque as atribuições da extinta autarquia foram sendo transferidas a sucessivos órgãos, sendo que, atualmente, tais atribuições pertencem ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.
> A duas, porque a citada Portaria, autorizada pela Lei nº 8.178, de 1991, como não poderia deixar de ser, trata apenas e tão-somente da liberação de preços, não tendo o condão, por-

tanto, de promover a revogação da Lei nº 4.870, de 1965, o que somente poderia ocorrer com o advento de uma nova lei.
Assim, com o advento da Portaria nº 102, de 1998, promovendo a liberação dos preços dos referidos produtos, a única alteração promovida na Lei nº 4.870, de 1965, foi em relação aos preços que, de oficiais, passaram a ser liberados.
É certo que o art. 36 da Lei nº 4870, de 1965, para efeito de constituir a receita do PAS, utiliza como base de cálculo os preços oficiais da cana, do açúcar e do álcool, atualmente não mais em vigor.
No entanto, tal fato não tem o condão de por termo ou de suspender a obrigação que têm os produtores de cana, açúcar e álcool de contribuírem para o PAS.
É que, como já visto, o MICT, bem antes da referida liberação de preços, baixou a Portaria nº 304, de 1995 - autorizado pelo art. 37 da Lei nº 4.870, de 1965, conforme explicitado nos considerandos da referida Portaria - dispondo em seu art. 2º sobre o que considera preço oficial para efeito dos cálculos das contribuições do PAS, o qual, pela importância no deslinde da questão, mercê novamente ser transcrito:
Art. 2º Para efeito dos cálculos das contribuições de que trata o artigo anterior, considera-se preços oficiais:
a) o saco de açúcar de qualquer tipo, de cinqüenta quilos, ainda que acondicionado em sacos de pesos diferentes: o seu preço de liquidação, excluídos os tributos e outros encargos sobre eles incidentes;
b) da tonelada de cana: o seu preço básico estadual, no campo:
c) do litro de álcool de qualquer tipo: o preço de venda, excluídos os tributos e outros encargos sobre eles incidentes.
Depreende-se daí que a liberação dos preços dos multireferidos produtos em nada alterou o cálculo da contribuição, vez que a citada Portaria já tratava, como de fato trata, da interpretação da expressão "preço oficial" para efeito dos cálculos das contribuições, o que torna perfeitamente compatíveis a contribuição e a liberação de preços do setor.
De todo o exposto, em suma, conclui-se que a decisão de liberar preços, repita-se, em nada alterou a contribuição do PAS, sendo ambos perfeitamente compatíveis, devendo, pois, os produtores do setor continuar contribuindo para o referido plano nos moldes da Portaria nº 304, de 1995.
Em vista disso, sugere-se a revogação do PARECER PGFN/CAF/Nº738, de 1998, pelos motivos acima expendidos (grifamos).

Observa do art. 28, § 9º, alínea "o", da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, abaixo transcrito:

Art. 28 Entende-se por salário-de-contribuição:
(...)
§ 9º - *Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: o) as parcelas destinadas à assistência ao trabalhador da agroindústria canavieira, de que trata o art. 36 da Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1995*(...) (grifamos)

Roborando o posicionamento aqui defendido existe o seguinte precedente desse Eg. Tribunal, proferido nos autos do Agravo de Instrumento n. 2005.03.00.085496-3 (MPF X União e Equipav), da lavra da eminente Desembargadora Federal Regina Costa, *verbis*:

(...) Numa análise preliminar, entendo que o aludido art. 36, da Lei n. 4.870/65 foi recepcionado pela Constituição da República de 1988, pois com ela compatível. Estabelece aplicação direta de recursos em benefício daqueles trabalhadores, para os serviços apontados, o que não colide com a obrigatoriedade do pagamento de contribuições sociais destinadas ao financiamento

> da Seguridade Social. Trata-se de um "plus" de proteção outorgado àqueles trabalhadores, sabidamente hipossuficientes. Outrossim, não se vislumbra natureza tributária nesse dever imposto aos produtores de cana, açúcar e álcool, porquanto há imposição de aplicação direta de recursos, não sua arrecadação pelo Fisco ou por ente por ele autorizado. Trata-se, portanto, de direito social, de que são titulares os empregados do setor sucroalcooleiro, possibilitando a efetivação de outros direitos fundamentais, tais como saúde, educação e assistência médica e social. De outro lado, a UNIÃO tem o dever de fiscalização da aplicação desses recursos, por determinação legal. A extinção do I.A.A., à evidência, não justifica sua inércia. Observo, ainda, que, na contraminuta, a UNIÃO limitou-se apenas a sustentar a impossibilidade de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, sem tecer qualquer consideração quanto ao pedido formulado. A par da verossimilhança do alegado direito, vislumbro fundado receio de dano de difícil reparação, traduzido no fato de que a não implementação do PAS pela Equipav S/A e a ausência de fiscalização por parte da UNIÃO vem ocasionando grandes prejuízos aos direitos sociais dos trabalhadores do setor sucroalcooleiro. Ante o exposto, CONCEDO O EFEITO SUSPENSIVO ATIVO pleiteado (grifamos).

Também o E. Supremo Tribunal Federal, nas oportunidades em que se manifestou sobre a matéria, reconheceu a vigência do art. 36 da Lei nº 4.870/1965 e de sua regulamentação, ao asseverar:

> (...) *Contribuição devida ao Instituto do Açúcar e do Álcool - IAA*. - O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 158.208, reconheceu a constitucionalidade, em face da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1/69, da contribuição instituída em favor do IAA pelo Decreto-Lei 308/67, alterado pelos Decretos-Leis 1.712/79 e 1.952/82. - *De outra parte, ao julgar o RE 214.206, esse mesmo Plenário não só afastou, com relação a essa contribuição, a alegação de ofensa ao artigo 149 da Constituição de 1988, mas também a entendeu recebida por esta em consonância com o disposto no artigo 34, § 5º, do ADCT, só se tendo por incompatível com a referida Carta Magna a possibilidade de a alíquota dessa contribuição variar ou ser fixada por autoridade administrativa, dado o princípio da legalidade* (STF., RE 238.166, Rel. Min. MOREIRA ALVES, PRIMEIRA TURMA, DJ. 10.08.01, Ementário nº 2038/620) (grifamos).

> (...) 1. Contribuição para o Instituto do Açúcar e do Álcool e seu respectivo adicional. Decretos-lei nºs 308/67 e 1.712/79. Fixação de alíquotas pelo Conselho Monetário Nacional, observados os limites e as condições previstos na legislação pertinente. Legitimidade da delegação de atribuições em face da Emenda Constitucional nº 01/69 e do Código Tributário Nacional. 2. Contribuição para o IAA. Arrecadação recolhida ao Tesouro Nacional e não ao Fundo de Exportação. Inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 1.952/82, por haver transmudado a contribuição em imposto ao alterar a destinação dos recursos. *Improcedência*. A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação (STF, RE 178.144-AL, Rel. p/ acórdão Min. MAURÍCIO CORREA, TRIBUNAL PLENO, julg. 27/11/1996, publicação DJ 28.09.2001 p. 48) (grifamos).

Por conseguinte, duas conclusões podemos chegar a partir da análise da jurisprudência do STF:

a) a contribuição do PAS sucroalcooleiro foi *editada em conformidade com a Constituição de 1967*, dentro do principio *tempus regit actum*. Sobreviveu ao controle de constitucionalidade, remanescendo ilesa em vigência e eficácia.

b) referida exigência legal *foi recepcionada pela Constituição de 1988*. Nesse passo, convém ressaltar que a atual Carta foi muito mais pródiga na criação de direitos sociais do

que aquela editada no período da ditatura militar. Seria contrassenso a exação do PAS - diante de sua índole eminentemente social - estar em conformidade com constituição outorgada em regime ditatorial e estar em desacordo com carta democrática que conferi foro de dignidade constitucional a objetivos e fundamentos do estado democrático brasileiro intimamente ligados com a inclusão social, a redução da pobreza e diminuição das desigualdades. Metas essas para as quais o PAS rural é dirigido: proteção, amparo, assistência específica, humana para aqueles trabalhadores de setor produtivo que obtém receita lucrativa, e que foi chamado pelo legislador a minimamente distribuir parte reduzida dessa receita em favor do tratamento, do cuidado com a saúde e bem estar de seus trabalhadores.

O Titulo III, "Da Ordem Econômica e Social" - artigos 157 a 166 da CF/67 que previa o estatuto normativo de proteção ao trabalhador, deixando claro em seu art 158 que, além dos direitos expressamente previstos ali poderia "outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social", esse estatuto, retomamos, é bem menos extenso do que as proteções propiciadas pela Constituição democrática de 1988.

Esta, logo em seu art. 1º coloca como fundamentos do estado brasileiro a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

A erradicação da pobreza - ao lado da redução de desigualdades e construção de comunidade solidária - constitui objetivos do País enquanto nação (art. 3, CF).

A prevalência dos direitos humanos - colocada como vetor das relações internacionais do Brasil - pode ser vista, outrossim, como ideário normativo no plano interno.

Especificamente para proteção do homem do campo, temos preceito de relevância para o caso:

> Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, *simultaneamente*, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
> I - aproveitamento racional e adequado;
> II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
> III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
> IV - *exploração que favoreça o bem-estar* dos proprietários *e dos trabalhadores.*

Em suma, vemos o PAS sucroalcooleiro em harmonia com os fundamentos, objetivos e preceitos que reconhecem os direitos sociais dos trabalhador presentes na Constituição de 1988.

Na esteira, por conseguinte, do pronunciamento da Suprema Corte, compreendemos *como recepcionado pela atual Carta Maior referido benefício assistencial.*

3 - *Inconstitucionalidade da Lei n. 12.865/2013*

Sucede que em momento em que várias decisões da Justiça Federal - referendadas pelo STJ - acolhiam ACPs deduzidas pelo MPF com objetivo de que as empresas cumprissem os deveres sociais determinados pelo PAS, contado, ressalte-se, com a boa vontade da Receita Federal para efetuar a fiscalização, portanto, momento em que se lograva efetivar, possibilitar ao trabalhador do setor fruir de um importante benefício para sua saúde laboral, a lei n.12.865 é promulgada com objetivo de eliminar esse direito social e o correspondente dever das empresas sucroalcoleiras.

> *Lei n. 12.865/2013*
> Art. 38. São extintas todas as obrigações, inclusive as anteriores à data de publicação desta Lei, exigidas de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado com fundamento nas alíneas

> "a" e "c" do *caput* do art. 36 da Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965, preservadas aquelas já adimplidas.
>
> Art. 42. Revogam-se:
> I - os §§ 4º e 5º do art. 7º da Lei nº 10.865, de 30 de abril de 200
> II - o inciso II do § 3o do art. 8o da Lei no 10.925, de 23 de julho de 2004;
> III - o art. 47 da Lei no 12.546, de 14 de dezembro de 2011; e
> IV - o art. 36 da Lei no 4.870, de 1o de dezembro de 1965.
> Art. 43. Esta Lei entra em vigor:
> I - a partir do primeiro dia do quarto mês subsequente ao de sua publicação, em relação ao disposto no art. 34 desta Lei;
> II - na data de sua publicação, para os demais dispositivos.

Analisaremos essa questão sob o prisma do Principio da Segurança Jurídica - e os subprincípios que a compõe - um dos pilares do Estado de Direito.

3.1 - Segurança Jurídica.

Importa seja fixado um ponto de natureza metodológica. Na atualidade do direito constitucional em conjugação com o direito internacional dos Direitos Humanos, *para que um ato normativo interno a um estado (v.g., leis) seja considerado válido, ele deve vencer dois critérios de controle: o controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade.* A lei deverá estar em conformidade com a Constituição e com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), Pacto de San Jose da Costa Rica - com seus protocolos posteriores. O Brasil como signatário desse tratado, submetendo-se expressamente às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, deve honrar seu compromisso de cumprir os preceitos convencionais, sob pena de responsabilização da União.

Nessas duas esferas, importa seja sempre preservado *o núcleo essencial de um direito fundamental.*

Demonstraremos que aceitar a vigência e eficácia do preceito que se extrai do texto acima reproduzido implicaria violar dois subprincipios da Segurança Jurídica: *a irretroatividade das leis e a vedação ao retrocesso em direitos sociais.*

Para tanto, imaginemos uma modesta família de lavradores (marido, mulher e dois filhos), empregados de fazenda produtora de cana de açúcar. Trabalhando de sol a sol, respirando ar poluído por queimadas. As vezes sofrem machucados nos cortes de cana. Ter um ambulatório para tratamentos médicos e de enfermagem (inclusive para os dos filhos) muito facilitaria essa cansativa labuta diária. Possuem o casal e seus filhos legítima expectativa de que 1% da Receita Bruta referente à cana entregue às usinas seja aplicado em assistência médica, farmacêutica e social que lhes aproveite. Vale dizer: a obrigação legal criou direito subjetivo de índole social exigível pelos seus beneficiários. Obrigação dos produtores de um lado, e direitos a prestações sociais de outro.

Com esse *cenário humano de fundo*, vejamos se a Lei. n. 12.865/2013 subsiste aos princípios da irretroatividade e vedação ao retrocesso.

3.2 - Irretroatividade das Leis

Dispõe o inciso XXXVI, art 5º da CF:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Nelson Nery Jr faz preciosa síntese da doutrina do "direito adquirido":

> XXXVI: 45. Direito adquirido: "São direitos que o seu titular ou alguém que por ele possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício de exercício tenha termo prefixado ou condição preestabelecida, inalterável ao arbítrio de outrem. São os direitos definitivamente incorporados ao patrimônio de seu titular, sejam os já realizados, sejam os que simplesmente dependem de um prazo para seu exercício, sejam ainda subordinados a uma condição inalterável ao arbítrio de outrem (Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil, v. I, 19ª, ED., 2000, n. 32, p. 105). Esse conceito se aplica tanto ao direito privado como ao direito público" (Belizário Antônio de Lacerda, Direito adquirido, 1999, p. 19), prevalecendo inclusive quanto aos preceitos constitucionais. "Se a própria Constituição que consigna o princípio da não-retroatividade, seria uma contradição consigo mesma se assentasse para todo o ordenamento jurídico a idéia do respeito às situações jurídicas constituídas e, simultaneamente, atentasse contra este conceito" (Caio Mario. Instituições, v. I, n. 32). No mesmo sentido: Carlos Mario da Silva Velloso. Funcionário Público. Aposentadoria. Direito Adquirido, RDP 21/179, p. 107. "Um direito adquirido por força da Constituição, obra do Poder Constituinte originário, há de ser respeitado pela reforma constitucional, produto do Poder Constituinte instituído, ou de 2º grau, vez que este é limitado, explícita e implicitamente pela Constituição" (Velloso RDP 21/180) (v. Nery-Nery . CC Comentado, coment. Prelim CC 2028).

Importa assinalar que o conceito normativo de direito adquirido (e, consequentemente, a irretroatividade das leis) aplica-se tanto ao direito civil/comercial, quanto ao direito público, como é o caso dos direitos sócias.

Não poderia a lei 12.865/2013 extinguir obrigações anteriores à data de sua vigência, de vez que essas obrigações criaram direitos sociais em beneficio dos trabalhadores do ciclo produtivo sucro/alcooleiro. Aceitar-se o contrario seria de duas uma: ou desativar, deixar de prestar assistência especifica de saúde já implementada pela empresa do setor ou fraudar a família de lavradores, que esperava ansiosamente por sua implementação, obtendo dessa forma melhor assistência social no desgastante trabalho de lavoura.

O principio da segurança jurídica, decodificado nos subprincipios da irretroatividade das leis, do direito adquirido e da boa-fé objetiva impede a desconstituição de créditos sociais presentes no patrimônio dos trabalhadores, embora ainda não implementados. Não se deve confundir direito adquirido com direito exaurido. Não é o fato de o produtor/usina ainda que não ter cumprido obrigação tributaria/legal/assistencial em seu devido tempo que autoriza falarmos em expectativa de Direito dos trabalhadores. Não. São direitos sociais incorporados aos trabalhadores e aguardam lealdade por parte de produtores/usinas/governo na sua efetiva implementação (exaurimento).

De outra parte, sob o ângulo do também *principio constitucional da Igualdade*, admitir-se a extinção de obrigações sociais perfeitas e acabadas seria tratar com menoscabo, com má fé os produtores/usinas que honraram em tempo e modo suas obrigações sociais de mesma índole, mesmo que tenham sido compelido a fazê-lo por ordem judicial. Seria premiar aquele que descumpriu a lei em detrimento do trabalhador do setor

Sufragar-se-ia, mais uma vez, o inadimplente. Prática odiosa que avilta o sentimento de Justiça e retidão no cumprimento social da Consituição e leis do País.

Vedada a retroação da Lei 12.865/2013 , poderia este ato normativo singelamente revogar os direitos sociais concedidos pela lei anterior?

3.3 - Proibição do Retrocesso em Direitos Sociais

Esse um dos temas mais atuais e interessantes no capítulo dos Direitos Fundamentais.

Primeiramente pontuemos alguns aspectos relevantes dados pela CF/88 aos direitos sociais.

O conteúdo dos direitos sociais é de natureza prestacional, exigindo-se ação do Estado e da sociedade ações para eliminar ou diminuir desigualdades fáticas e situação material ofensiva ao respeito que merece o ser humano.

A doutrina distingue duas categorias de direitos sociais: de direitos originários ou derivados a prestações sociais. Os direitos sociais originários são aqueles que advêm do texto constitucional ou mesmo de um tratado de direitos humanos sem outra implementação legislativa ou administrativa.

Já o direito social derivado - que nos importa na espécie - é aquele que já possui alguma regulamentação legal ou administrativa e que pode ser, então, objeto de apreciação judicial sob dois prismas: o prisma da igualdade, assegurando que tal implementação deve ser feita de modo a assegurar acesso igualitário a todos e ainda o prisma da segurança confiança no Estado, impedindo que haja inconstância na prestação e proibindo-se o retrocesso (cf. André de Carvalho Ramos, Curso de Direitos Humanos, 4ª edição, p. 60)

Vejamos, rapidamente, a lúcida observação que faz Ingo Wolfgang Sarlet, a cerca a aplicaçao do Principio da Proibição do Retrocesso:

> Que a proteção da confiança e a segurança jurídica de modo geral não se limitam às dimensões aqui exemplificativa e sumariamente referidas já foi devidamente anunciado. O que importa consignar, nesta quadra, é a circunstância de que a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo (isto, é claro, quando estiver em causa uma efetiva ou potencial violação da dignidade em algumas de suas manifestações), mas também não dispensa - pelo menos é esta a tese que estaremos a sustentar - uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Basta lembrar aqui a possibilidade de o legislador, seja por meio de uma emenda constitucional, seja por uma reforma no plano legislativo, suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos. Com isso, deparamo-nos com a noção que tem sido "batizada" pela doutrina - entre outros termos utilizados - como proibição (ou vedação) de retrocesso e aproximamo-nos ainda mais do cerne do nosso estudo.

Percebe-se que mesmo que não retroativas, medidas legislativas com caráter prospectivo (já que alcançam situações futuras, como na hipótese das obrigações sociais de PAS ainda por vencer) podem significar retrocesso em termos de justas expectativas criadas pelo legislador em termos de direitos públicos subjetivos de matiz social. Direitos sociais - contrariamente aos direitos fundamentais de primeira geração - são dependentes de concretização por via de leis e regulamentos para que sua eficácia ganhe efetividade. Significa que ao se retirar do universo jurídico lei que densifique direito social equivale a se aniquilar o próprio núcleo desse direito.

Um dos mais importante juristas do sec XX, *Ronald Dworkin, sustenta que o Direito em muito se assemelha à Literatura*. Como a Literatura, o Direito seria uma espécie de "romance em cadeia", uma obra escrita a muitas mãos. Cada juiz, cada tribunal estaria participando desse esforço coletivo, escrevendo capítulos sucessivos nessa empreitada normativa. Obras literárias possuem valor quando à historia que narram podemos atribuir um sentido, um valor que confere qualidade literária ao texto. O livro de qualidade é o que nos imerge na narrativa

de tal maneira que nos faz ver coisas que antes não víamos, ou sentir algo, um movimento de alma, do coração que, ao final nos torna diferentes, enriquecidos.

Usando essa analogia literária, podemos ver o subsistema dos Direitos Fundamentais como uma obra histórica coletiva, que vem se ampliando ao longo do mundo moderno, e ao qual podemos atribuir um sentido ao ler a historia de sua caminhada desde os chamados Direitos Naturais, passando aos Direitos Morais não positivados e chegando hoje aos Direitos Fundamentais com foro de dignidade constitucional com plena e séria eficácia. Destarte, um dos sentidos que podemos, sem receio de exagerar, perceber nesse tema é da constante ampliação dos Direitos Fundamentais. Partiram desde a 1ª Dimensão (liberdades formais), passando por sucessivas dimensões que incoporaram direitos sociais e até direitos transindividuais e transnacionais. Assim, voltando à semelhanças entre o Direito e a Literatura, consideramos como uma má interpretação desse livro dos "direitos fundamentais" intelecção que leva a retirada do mundo jurídico de direitos que são frutos de concretizações legislativas de Direitos Sociais. *Essa história é ascendente, não descendente. Tem sentido de ampliação, não de restrição ou supressão.*

Pois bem. Recuperemos alguns capítulos da historia recente dos Direitos Fundamentais de natureza Social, na leitura de nossa Suprema Corte. Com isso talvez possamos alcançar a direção a seguir, no entendimento do principio de vedação ao retrocesso em Direitos Sociais. Veremos dois casos, que se reportam a inúmeros com a mesma natureza.

Direitos dos Necessitados à Defensoria Publica.

> *EMENTA: Defensoria Pública. Direito* das pessoas necessitadas ao atendimento integral, *na Comarca em que residem*, pela Defensoria Pública. *Prerrogativa fundamental* comprometida por razões administrativas *que impõem*, às pessoas carentes, no caso, *a necessidade* de custoso *deslocamento* para comarca próxima onde a Defensoria Pública se acha mais bem estruturada. *Ônus financeiro*, resultante desse deslocamento, *que não pode*, nem deve, ser suportado pela população desassistida.
> *Imprescindibilidade* de o Estado *prover* a Defensoria Pública local *com melhor* estrutura administrativa. *Medida que se impõe* para conferir efetividade à cláusula constitucional *inscrita* no art. 5º, *inciso* LXXIV, da Lei Fundamental da República. *Omissão estatal* que compromete *e* frustra direitos fundamentais *de pessoas necessitadas*. Situação constitucionalmente intolerável. *O reconhecimento*, em favor de populações carentes *e* desassistidas, *postas* à margem do sistema jurídico, do "direito a ter direitos" *como pressuposto de acesso* aos demais direitos, liberdades e garantias.
> *Intervenção jurisdicional* concretizadora de programa constitucional *destinado a viabilizar* o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral *e* à assistência judiciária gratuitas (*CF*, art. 5º, *inciso* LXXIV, *e* art. 134). *Legitimidade dessa atuação* dos Juízes e Tribunais. *O papel* do Poder Judiciário *na implementação* de políticas públicas *instituídas* pela Constituição *e* não efetivadas pelo Poder Público. *A fórmula* da reserva do possível *na perspectiva* da teoria dos custos dos direitos: *impossibilidade* de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento *de deveres estatais de prestação* constitucionalmente impostos ao Estado. *A teoria* da "restrição das restrições" (*ou* da "limitação das limitações"). *Controle jurisdicional de legitimidade* sobre a omissão do Estado: atividade de fiscalização judicial *que se justifica* pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente *e* proibição de excesso). Doutrina. Precedentes. A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade dessa instituição da República. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Gostaria de destacar seguinte trecho deste notável voto:

> *Não se mostrará lícito*, contudo, ao Poder Público, *criar obstáculo artificial que revele* - a partir *de indevida manipulação* de sua atividade financeira *e/ou* político-administrativa - o arbitrário, ilegítimo *e* censurável propósito *de* fraudar, *de* frustrar *e de* inviabilizar o estabelecimento e a preservação, *em favor da* pessoa *e dos* cidadãos, de condições materiais *mínimas* de existência e de gozo de direitos fundamentais (*ADPF 45/DF*, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *Informativo/STF* nº 345/2004), *a significar*, portanto, *que se revela legítima* a possibilidade de controle jurisdicional *da invocação estatal* da cláusula da "reserva do possível", *considerada*, para tanto, *a teoria* das "restrições das restrições", *segundo a qual - consoante observa* LUÍS FERNANDO SGARBOSSA ("*Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos*", vol. 1/273-274, item n. 2, 2010, Fabris Editor) - *as limitações a direitos fundamentais*, como o de que ora se cuida, *sujeitam-se*, em seu processo hermenêutico, a uma exegese *necessariamente* restritiva, *sob pena de ofensa* a determinados parâmetros de índole constitucional, *como*, p. ex., *aqueles fundados* na proibição de retrocesso social, na proteção ao mínimo existencial (*que deriva* do princípio da dignidade da pessoa humana), na vedação da proteção insuficiente *e*, também, na proibição de excesso.

É interessante notar que neste caso não havia se implementado ou se efetivado integralmente o Direito. Sob a perpectiva hermenêutica anterior, poder-se-ia, de forma conservadora, considerar a norma como de "eficácia programática" e com isso esvaziar de força normativa a norma constitucional. O STF deu plena eficácia ao preceito, como vimos no destaque, e foi claro em entender que haveria retrocesso abominável caso a norma remanescesse inerte no texto da Lei Maior.

Anote-se outro caso:

> Dever Estatal de Assistência Materno-Infantil
>
> *EMENTA: AMPLIAÇÃO E MELHORIA* NO ATENDIMENTO *DE GESTANTES* EM MATERNIDADES ESTADUAIS. *DEVER ESTATAL* DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL *RESULTANTE* DE NORMA CONSTITUCIONAL.
> *OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL* QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, *INCLUSIVE* AOS ESTADOS-MEMBROS. *CONFIGURAÇÃO*, NO CASO, *DE TÍPICA HIPÓTESE* DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL *IMPUTÁVEL* AO ESTADO-MEMBRO. *DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO* POR INÉRCIA ESTATAL (*RTJ* 183/818-819). *COMPORTAMENTO* QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (*RTJ* 185/794-796). *A QUESTÃO* DA RESERVA DO POSSÍVEL: *RECONHECIMENTO* DE SUA INAPLICABILIDADE, *SEMPRE* QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA *PUDER COMPROMETER* O NÚCLEO BÁSICO *QUE QUALIFICA* O MÍNIMO EXISTENCIAL(*RTJ* 200/191-197). *O PAPEL* DO PODER JUDICIÁRIO *NA IMPLEMENTAÇÃO* DE POLÍTICAS PÚBLICAS *INSTITUÍDAS* PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. *A FÓRMULA* DA RESERVA DO POSSÍVEL *NA PERSPECTIVA* DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: *IMPOSSIBILIDADE* DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO *DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO* CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO. *A TEORIA* DA "RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES" (*OU* DA "LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES"). *CARÁTER COGENTE E VINCULANTE* DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, *QUE VEICULAM* DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS (*CF*, ART. 227). *A COLMATAÇÃO* DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO *AFIRMATIVO* DOS JUÍZES *E* TRIBUNAIS *E DE QUE RESULTA* UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. *CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE* DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZA-

> ÇÃO JUDICIAL *QUE SE JUSTIFICA* PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROIBIÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO). *DOUTRINA*. *PRECEDENTES* DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL *EM TEMA* DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS *DELINEADAS* NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (*RTJ* 174/687 - *RTJ* 175/1212-1213 - *RTJ* 199/1219-1220). *POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL* DE UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" (*CPC*, ART. 461, § 5º) COMO MEIO COERCITIVO INDIRETO. *EXISTÊNCIA*, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. *2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO* À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS *REVESTIDOS* DE METAINDIVIDUALIDADE. *LEGITIMAÇÃO ATIVA* DO MINISTÉRIO PÚBLICO (*CF*, ART. 129, III). *A FUNÇÃO INSTITUCIONAL* DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO "DEFENSOR DO POVO" (CF, ART. 129, II). *DOUTRINA*. *PRECEDENTES*. *RECURSO EXTRAORDINÁRIO* DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL *CONHECIDO E PROVIDO*.

Nesse acórdão a Suprema Corte foi bastante explicita quanto ao alcance do principio em questão, vejamos o seguinte trecho do voto:

> Para além de todas as considerações que venho de fazer, há, ainda, um outro parâmetro constitucional que merece ser invocado no caso ora em julgamento. Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, "Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais", 1ª ed./2ª tir., p. 127/128, 2002, Brasília Jurídica; J. J. GOMES CANOTILHO, "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", p. 320/322, item n. 03, 1998, Almedina; ANDREAS JOACHIM KRELL, "Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 40, 2002, 2002, Sergio Antonio Fabris Editor,; INGO W. SARLET, "Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988", "in" Revista Público, p. 99, n. 12, 2001). Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto na hipótese - de todo inocorrente na espécie - em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

Ou seja, admite-se a revogação de leis instituidoras de Direitos Sociais desde que se mantenha, ou seja, criado um - para usar uma linguagem da teoria dos sistemas - "equivalente funcional", um instituto que mantenha a vantagem, o beneficio que auferia o titular do direito extinto. *Sem políticas compensatórias (equivalentes funcionais) proíbe-se a retirada de direitos conferidos pela lei ao concretizar o principio constitucional da Igualdade e da Justiça Social.*

3.5 *VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL*

Nossa Lei Maior sufraga de forma implícita a proporcionalidade e razoabilidade.

Esses princípios, segundo o STF, são deduzidos da cláusula do devido processo legal, em seu caráter substantivo.

Esse é o entendimento do direito anglo-saxão.

Na Alemanha, o princípio da proporcionalidade é extraído do princípio do Estado de Direito. Proporcionalidade "lato sensu" compreende a proporcionalidade "stricto sensu", a

necessidade adequaçao e faz parte do sistema de direitos fundamentais. Esse sistema não permite atos arbitrários.

Adequação: exige que as medidas estatais adotadas para fomentar os fins almejados. É uma atividade de meio e fim. Para que uma medida seja adequada ela deve se apta a atingir aquele fim.

Necessidade. É chamada de exigibilidade ou menor ingerência possível. Havendo dois meios, deve-se optar por aquele que seja o menos oneroso possível.

Proporcionalidade em sentido estrito: o grau de realização do princípio constitucional fomentado deve ser suficiente para justificar a intervenção no princípio constitucional restringido. Corresponde a ponderação e se refere às possibilidades jurídicas existentes. Avaliar se a medida adotada pelo Estado promove um princípio constitucional que justifique a restrição causada por ela a outro princípio constitucional.

Em concreto temos: ponderação entre o principio da legalidade (ou autonomia do Congresso em editar a Lei n.12865/13) e os princípios da segurança jurídica, justiça social, proteção aos hipossuficiente e o valor da dignidade da pessoa humana

O princípio da proporcionalidade tem como seu subprincípio o da "proibição de proteção insuficiente", expressão que traduz a situação em que, nada obstante existir formalmente observância ao procedimento processual previamente estampado na lei, na prática, se mostra insuficiente para que aqueles cujos interesses estão sendo discutidos em um processo possam técnica e efetivamente mostrar sua razões, produzir suas provas e ter, por conseguinte, exercício de um amplo contraditório para somente então poderem ter reduzido ou suprimido supostos direitos relacionados a seus interesses.

Na espécie, a ação civil publica foi proposta pelo MPF em face de um numero limitado de empresas. No bojo dessa demanda (processo subjetivo) que está sendo arguida a inconstitucionalidade da lei revogadora do PAS/SucroAlcooleiro. Ora, quando acolhida a arguição, transmuda-se esse incidente em autêntico processo objetivo, em tudo e por tudo assemelhado ao controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo STF e TJs, de vez que o nível de cognição é de apreciar a higidez constitucional (ou não) de lei em tese. Declarada a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da lei questionada essa decisão terá efeitos "ultra partes", vale dizer, para além das partes envolvidas no processo originário de onde partiu a arguição. Mais especificamente: se a lei n. 12865/13 for considera válida constitucionalmente pelo Orgão Especial (rejeitando, por conseguinte, a arguição) essa decisão afetará milhares de trabalhadores do ciclo produtivo de cana e seus derivados que se beneficiam (ou deveriam se beneficiar) do sistema de proteção de suas saúde previsto no PAS. Considerada válida a lei revogadora, ficará legitima e exclusão da ordem jurídica do PAS de todos esses trabalhadores. Indaga-se quem os defendeu ?

Como podem os direitos desses anônimo (mas cidadãos) serem tolhidos sem sequer serem chamados ou serem representados ?

Esse caso é o que na teoria dos processos coletivos se chama "ação pseudoindividuais". São individuais (numero limitado de litisconsortes) apenas aparentemente, pois quando se aproxima com lupa percebe-se que, na realidade, interesses de uma coletividade estão sendo violados sem que se lhe oportunize participar do debate de processo tendente a violar seus legítimos (já que escorados em lei) interesses. Repito*: a rejeição da arguição de inconstitucionalidade implicará a subtração de direitos sociais deferidos pelo legislador não apenas aos trabalhadores das usinas que figuram no polo passivo desta ACP, porém a um número indeterminado - embora determinável - de pessoas* que labutam em usinas, fazendas, desti-

larias - desse importante setor da economia brasileira.

São todos réus indefesos nesse feito, de vez que a AGU se manifestou pela revogação do PAS sucroalcooleiro.

É o que podemos denominar - tomando emprestado da teoria americana das "class action" - déficit de representação (déficit of representation).

A solução, em nosso sentir, de sorte a não macular o devido processo legal, é repudiar a lei revogadora do PAS, com isso se mantém incólume os direitos sociais "intra et ultra partes" , não sendo milhares de cidadão estranho a essa lide surpreendidos com a repentina eliminação de direito social que concretiza diversos preceitos constitucionais.

3.5 - Inconvencionalidade da revogação legislativa do PAS.

Como referimos na introdução, *norma é legitima quando vence duplo critério de validade: conformidade com a Constituição e com as Convenções Internacionais de Direitos Humanos ratificadas e promulgadas pelo Brasil.*

André de Carvalho Ramos, com clareza apresenta esse duplo requisito de validade do ato normativo:

> Não é suficiente ratificar e incorporar tratados de direitos humanos ou ainda defender seu estatuto normativo especial (supralegal ou mesmo constitucional), sem que se aceite a consequência da internacionalização dos direitos humanos: o acatamento da interpretação internacional sobre esses direitos.
> Teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos: reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade (STF e juízos nacionais) e do controle de convencionalidade (Corte de San José e outros órgãos de direitos humanos do plano internacional). A partir dessa teoria, deve-se exigir que todo ato interno se conforme não só ao teor da jurisprudência do STF, mas também ao teor da jurisprudência interamericana. Com isso, evita-se o antagonismo entre o STF e os órgãos internacionais de direitos humanos, evitando a ruptura e estimulando a convergência em prol dos direitos humanos.

A respeito do tema controle de convencionalidade, leiamos o magistério da ilustre juíza federal e professora Sylvia Marlene de Castro Figueiredo:

> O controle de convencionalidade consiste no exame de compatibilidade dos atos e normas nacionais com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, seus protocolos adicionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão supranacional do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, que interpreta o Pacto de San José da Costa Rica.
> Pensamos que o controle difuso de convencionalidade constitui um novo paradigma que deve pautar a atividade jurisdicional de todos os magistrados, os brasileiros inclusive.
> Com efeito, observamos que o pluralismo constitucional está a exigir uma nova postura do aplicador do direito, que não se deve pautar pelo princípio da hierarquia, mas deve observar a abertura constitucional, o bloco de constitucionalidade e a prevalência das normas de direitos humanos.
> O controle de convencionalidade desponta como um instrumento de controle jurisdicional das normas internas frente ao ordenamento jurídico internacional.

Exatamente sob essa ótica - proibição do retrocesso - que a referida lei n.12.865/13 se mostra - além de inconstitucional - inconvencional por violar o art. 29 da CIDH:

> Artigo 29. Normas de interpretação
> Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:
> a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
> b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
> c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
> d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

É a aplicação progressiva dos direitos humanos. A história da proteção dos DHs é ascendente, ampliativa de suas fronteiras. Na se admite interpretação regressiva, eliminadora de direitos sociais, por conseguinte, já que direitos fundamentais são. Muito menos a sua eliminação, o que é muito mais grave.

A lei revogadora do PAS afronta esse preceito na Convenção Americana. Conflito entre lei interna com a norma convencional se resolve pela prevalência da norma internacional. Veja-se, novamente, a doutrina de Sylvia Marlene de Castro Figueiredo:

> Princípio *pro homine*
> Inicialmente, cumpre citar o artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual prevê que nenhuma disposição pode diminuir proteção maior já conferida ao indivíduo por norma interna ou por outra norma internacional, consagrando o princípio da aplicação da norma mais favorável ao indivíduo.
> Pensamos que a solução dos conflitos entre a norma interna e a norma internacional dos direitos humanos deve prestigiar a norma mais favorável à pessoa.
> Com efeito, o direito internacional dos direitos humanos desenvolveu um princípio para buscar solucionar eventual conflito entre a norma interna e a norma internacional: o princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo.
> A denominada primazia da norma mais favorável significa que deve ser aplicada pelo intérprete, necessariamente a norma que mais favoreça o sujeito de direito.
> Tal princípio nos leva a aplicar quer a norma internacional, quer a norma interna, a depender de qual seja mais favorável ao indivíduo.

O regime do PAS sucroalcoleiro é eliminado pela lei 12.865 sem qualquer substitutivo equivalente. Nem se trata de diminuição do direito social, mas sua supressão *tout court*. O que viola a Convenção Interamericana porquanto elimina direito social criado em conformidade com legislação estatal (Brasil).

Em suma: entre a norma internacional que veda retrocesso e a norma interna que revoga direito social que concretiza direito fundamental com suporte em Convenção de Direitos Humanos, subsiste íntegro o direito social, negando-se validade ao diploma legal revogador.

4- Conclusão.

Em síntese e nos limites da demanda em julgamento, tem-se que:

- A Lei nº 4.870/1965 que criou o PAS sucro alcooleiro foi *recepcionada* pela atual Constituição de 1988;

- O disposto nos artigos 38 e 42, ambos da Lei n. 12.865/2013 são inconstitucionais por violar o *princípio da segurança jurídica e o valor da dignidade humana*, nos vetores acima explicitados; e

- Esses preceitos da Lei n. 12.865/2013 são *inconvencionais* face o art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos

Ante o exposto e nos termos do artigo 97 da Constituição Federal e do Regimento Interno desta Corte, levanto a inconstitucionalidade da lei n.12.865/2013, e a submeto à elevada apreciação do Órgão Especial deste Tribunal, ficando suspensa a conclusão do julgamento desta Ação Civil Pública.

É como voto.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI:

Por primeiro, cumprimento o eminente relator, pelo brilhante voto, e o acompanho quanto à recepção da Lei nº 4.870/65 pela Constituição Federal de 1988, uma vez que à época em que editada aquela lei, a realidade do trabalhador da indústria canavieira justificava a ampliação de acesso a direitos sociais, já que em tal período o trabalho no corte de cana com fim industrial era realizado apenas manualmente e visava produtividade altíssima, o que, de fato, causava intenso desgaste físico e mental àqueles trabalhadores.

Quanto à arguição de inconstitucionalidade da Lei nº 12.865/2013, também acompanho o eminente Relator, porém, por fundamento diverso.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 ampliou sobremaneira os direitos sociais, garantindo, com igualdade, a todos os trabalhadores em geral, inclusive aos do campo e aos da agroindústria canavieira, amplo acesso a esses direitos, entre eles o direito à dignidade no trabalho, à saúde e à assistência e previdência social - art. 6º da CF/88.

Assim, considerando o escopo do legislador constituinte de garantir igualdade de direitos a todos os cidadãos, bem como a realidade atual dos trabalhadores da agroindústria canavieira, entendo que a partir da década de oitenta passou a não mais haver justificativa ao "discrimen", porquanto o emprego de tecnologias e maquinários no cultivo e no corte da cana-de-açúcar, desde aquela década, vem apresentando resultados positivos e crescentes na atenuação dos efeitos danosos do exercício dessa atividade à saúde dos trabalhadores, ainda que situações precárias de trabalho no setor realmente ainda remanesçam, como exceção, sendo, porém, tendência atual a total substituição do trabalho manual por maquinários com tecnologia avançada.

Ademais, ainda que assim não fosse, certo é, como dito, que o acesso ao Sistema Único de Saúde e à assistência social é direito de todos os cidadãos, sendo dever do estado brasileiro a sua garantia com igualdade de direitos a todos que desses serviços necessitarem, de maneira que, também por essa razão, não há mais justificativa, no cenário atual, para se beneficiar uma ou outra categoria nesse aspecto específico - serviços de assistência médica, hospitalar farmacêutica e social (art. 36 da Lei 4.870/1965).

Não obstante, parece-me claro que a retroatividade prevista no artigo 38 da Lei nº 12.865/2013 veio a extinguir direitos garantidos àqueles trabalhadores desde a Lei nº 4.870/65, o que, ao menos em análise preliminar, parece-me inconstitucional, pois, segundo externado acima, havia necessidade àquela época de ampliação de direitos sociais aos trabalhadores da agroindústria canavieira ao menos até o início da década de oitenta, quando a evolução tecnológica deu início à substituição do trabalho manual pelas máquinas agrícolas.

Por essas razões, não obstante meu entendimento no sentido de que devem ser garantidos aos trabalhadores da agroindústria canavieira os mesmos direitos previstos pela Carta Magna aos demais trabalhadores, não é possível permitir a retroatividade integral da Lei nº 12.865/2013, a ponto de retirar direitos adquiridos, sendo nesse ponto inconstitucional referido texto normativo.

Ante o exposto, ainda que por fundamento diverso, acompanho o eminente relator e submeto a matéria ao Órgão Especial.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI

APELAÇÃO CÍVEL
0001063-17.2013.4.03.6004
(2013.60.04.001063-0)

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelados: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA, MINERAÇÃO CORUMBAENSE REUNIDA S/A E VALE S/A
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA CORUMBÁ - MS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/10/2018

EMENTA

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPENSAÇÃO AMBIENTAL. ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI FEDERAL Nº 9.985/00. DECRETO Nº 4.340/02. RESOLUÇÃO CONAMA Nº 371/06. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR. OBRIGAÇÃO DE ARCAR COM OS CUSTOS DE PRESERVAÇÃO E CONSERVAÇÃO EM CONTRAPARTIDA A EMPREENDIMENTO DE RELEVANTE IMPACTO AMBIENTAL.
- Embora a Lei nº 7.347/85 silencie a respeito, a r. sentença deverá ser submetida ao reexame necessário (interpretação analógica do art. 19 da Lei nº 4.717/65), conforme entendimento da 4ª Turma deste Tribunal e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
- O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ajuizou a presenta ação civil pública em face da MINERAÇÃO CORUMBAENSE REUNIDAS S.A., VALE S.A. e do INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA, em que objetiva a condenação das primeiras rés a compensar danos ambientais nos termos do artigo 36 da Lei 9.985/00, bem como condenar o último à obrigação de fazer consistente na exigência de tal compensação para a renovação da Licença de Operação de Empreendimento.
- O art. 225 da Constituição Federal consagrou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, criando o dever de o agente degradador reparar os danos causados e estabeleceu o fundamento de responsabilização de agentes poluidores, pessoas físicas e jurídicas. Para assegurar a efetividade desse direito, a CF determina ao Poder Público, entre outras obrigações, que crie espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos em todas as unidades da Federação.
- Com o advento da Lei nº 9.985/2000 (SNUC - Sistema Nacional de Unidades de Conservação), que regulamentou o inciso III do §1º do art. 225 da CF/88, coube ao art. 36 deste diploma o tratamento da compensação ambiental.
- A Lei 9.985/00 foi regulamentada pelo Decreto nº 4.340/02 que pormenorizou os detalhes e modus operandi do dever legal criado pelo art. 36 da Lei nº 9985/00. Destaca-se, também, que o art. 31 foi alterado pelo Decreto nº 5.566/05, mantendo a redação dos demais dispositivos.
- Visando implementar o dever legal contido na Lei e repetido no respectivo Decreto, o IBAMA editou a Portaria nº 07/2004, criando as Câmaras de Compensação Am-

biental, e, por intermédio da Portaria nº 44/2004, aprovou o regimento interno das mesmas, posteriormente alterado pela Portaria nº 49/2005.
- A Resolução CONAMA nº 371, de 5 de abril de 2006, estabeleceu diretrizes aos órgãos ambientais para o cálculo, cobrança, aplicação, aprovação e controle de gastos de recursos advindos de compensação ambiental, conforme a Lei no 9.985/00.
- A lei 9.985/00 (regulamentada pelo Decreto no 4.340/02) e demais dispositivos legais vieram consolidar e dar o devido amparo legal para a execução dos mecanismos de compensação ambiental, proporcionalmente ao grau de impacto específico de cada empreendimento em licenciamento.
- Os dispositivos acima referenciados abarcam o princípio do poluidor-pagador, não somente em sua dimensão de obrigação para a reparação de danos, mas também como obrigação de arcar com os custos de preservação e conservação em contrapartida a empreendimento de relevante impacto ambiental. Esse custo deve ser assumido e incorporado pelo empreendedor antes da atividade ser autorizada pelo poder público, e neste particular, os estudos e avaliações ambientais prévias são importante instrumento de realização deste postulado do direito ambiental. Assim, nos casos de empreendimentos e obras que causem significativo impacto ao meio ambiente, é mister que o processo de licenciamento da atividade contemple a realização de um EIA/RIMA para que este estudo informe quais os impactos advindos da atividade, caso ela venha a ser implantada.
- No caso sob análise, a disposição do artigo 34 do Decreto nº 4.340/2002, não se aplica, haja vista que a empresa MINERAÇÃO CORUMBAENSE REUNIDAS S.A. já possuía licença de operação antes da edição do mencionado decreto. É incontroverso que o empreendimento objeto desta ação não sofreu ampliação desde a renovação da Licença de Operação emitida em 1996.
- Após análise dos documentos colacionados aos autos, verifica-se que o IBAMA exigiu soluções técnicas para obrigar a MINERAÇÃO CORUMBAENSE REUNIDAS S.A. a recuperar o meio ambiente degradado por sua atividade no curso da renovação das licenças ambientais. Nesse sentido, da análise do Parecer nº 71/2012 do IBAMA (mídia juntada a f. 786 do 3º volume do Apenso I - cópia reproduzida na contestação do IBAMA à f. 211v.-227v. destes autos), percebe-se que foram exigidos pelo órgão ambiental condicionantes à renovação da licença de operação nº 23/96. O relatório aponta ainda medidas mecânicas e biológicas para recuperação da área degradada, entre outros.
- Conforme observou a r. sentença, a presente demanda versa tão-somente acerca da possibilidade de aplicação retroativa da compensação ambiental prevista no artigo 36 da Lei 9.985/2000 como condição para a renovação de licença de operação do empreendimento dos réus. Portanto, não cabe avaliação acerca da efetividade das medidas impostas pelo IBAMA à recuperação da área degradada.
- Remessa oficial e apelação do Ministério Público Federal improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, decidiu negar provimento à remessa oficial e à apelação do Ministério Público, nos termos do voto da Des. Fed.

Mônica Nobre (Relatora), com quem votaram o Des. Fed. Marcelo Saraiva, a Des. Fed. Marli Ferreira que votou nos termos do art. 942, § 1º do CPC e, na forma dos artigos 53 e 260, §1º do RITRF3, o Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira. Vencido o Des. Fed. André Nabarrete que fará declaração de voto.

São Paulo, 03 de outubro de 2018.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

Trata-se de apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL visando a reforma da r. sentença que, em sede de ação civil pública, julgou improcedente o pedido.

Em seu recurso, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL sustenta, em síntese, que a correta aplicação do artigo 36 da Lei nº 9.985/2000 determina que em todos os casos de licenciamento de empreendimentos com significativo impacto ambiental existe o dever de exigir a compensação ambiental. Ademais, não há como afirmar que empreendimento guarda as mesmas proporções da época em que se instalou, ou seja, 1908. Alega que o dano ambiental de uma mineradora é reiterado e se pereniza no tempo, de modo que não há que se falar em retroatividade da aplicação da lei ambiental, já que a situação é atual, e não pretérita. Aduz, ainda, que, ao se aplicar a legislação atual nos pedidos de renovação de licença ambiental, não se aplica a lei de forma retroativa, mas, ao contrário, exige-se a adequação futura do empreendimento, bem como não se pode garantir o direito de propagar a degradação ambiental em nome da segurança jurídica, pois não existe o direito de poluir. Por fim, afirma que o fato de o empreendimento ser anterior à Lei nº 9.9850/00 não o exime da devida compensação ambiental.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Egrégio Tribunal Regional Federal.

Com vista à Procuradoria Regional da República da 3ª Região, foi ofertado o parecer, com manifestação pelo provimento ao recurso.

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ajuizou a presenta ação civil pública em face da MINERAÇÃO CORUMBAENSE REUNIDAS S.A., VALE S.A. e do INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA, em que objetiva a condenação das primeiras rés a compensar danos ambientais nos termos do artigo 36 da Lei 9.985/00, bem como condenar o último à obrigação de fazer consistente na exigência de tal compensação para a renovação da Licença de Operação de Empreendimento.

Sustenta, em síntese, que, através de peças informativas enviadas pelo Ministério Público do Mato Grosso do Sul, instaurou-se Inquérito Civil em decorrência de resistência da empresa Mineração Urucum S.A. (incorporada pela ré Mineração Corumbaense S.A) em formalizar compensação ambiental, nos termos do artigo 36 da Lei 9.985/00, imposta pelo IBAMA como condicionante à renovação de licença ambiental de operação de empreendimento de lavra de

minérios de ferro e manganês em Corumbá.

Narra que a Mineradora exerce suas atividades desde 1908, sendo a sua primeira licença para operação requerida em 1991, a qual foi objeto de sucessivas renovações. Relata que, no ano de 2011, a Procuradoria Geral do IBAMA elaborou o parecer PROGE nº 924/01 no qual concluiu que a compensação ambiental no forma do artigo 36 da Lei do SNUC incide nos processos de licenciamento ambiental em andamento, podendo ser exigida tanto nos casos de expedição de licenças quanto nos casos de renovação.

Informa ainda que, tendo em vista o entendimento de sua procuradoria, o IBAMA determinou a retificação da Licença de Operação nº 23/96 da então Urucum Mineração S.A., na qual constou a condição de cumprimento de programa de compensação ambiental, no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias da expedição da retificação.

Aduz que a empresa mineradora apresentou recurso administrativo contra a decisão que condicionou a renovação da licença ambiental à compensação ambiental e, em reunião, pactuou-se que a licença seria renovada por seis meses até decisão final. No entanto, proferida decisão, a licença de operação nº 23/96 foi novamente renovada pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, ainda sob a condicionante de compensação ambiental, a qual foi novamente impugnada.

Afirma que, em 2005, houve nova tentativa de levar a efeito a compensação ambiental, porém o IBAMA mudou seu posicionamento, passando a entender que não é exigível tal condicionante, com base no parecer 262/2006/PROGE/COEPA, seguido pelo Ministério do Meio Ambiente através do parecer 111/2006/CONJUR/MMA.

Não obstante, o Ministério Público Federal expediu a recomendação nº 007/2012 para que o IBAMA incluísse a condicionante da compensação ambiental no processo de renovação de licenciamento ambiental da mineradora ré. Entretanto, tal recomendação não foi seguida pela autarquia, que renovou a licença até 19/06/2016.

Pois bem.

Observo, de início, que, embora a Lei nº 7.347/85 silencie a respeito, a r. sentença deverá ser submetida ao reexame necessário (interpretação analógica do art. 19 da Lei nº 4.717/65), conforme entendimento da 4ª Turma deste Tribunal e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Passo à analise das alegações invocadas no apelo, sem me ater, entretanto, à ordem em que foram colocadas.

O art. 225 da Constituição Federal consagrou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, criando o dever de o agente degradador reparar os danos causados e estabeleceu o fundamento de responsabilização de agentes poluidores, pessoas físicas e jurídicas. Para assegurar a efetividade desse direito, a CF determina ao Poder Público, entre outras obrigações, que crie espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos em todas as unidades da Federação. Confira-se:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
> I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
> II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

> III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
> (...)
> VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.
> (...)
> § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Com o advento da Lei nº 9.985/00 (SNUC - Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza), que regulamentou o inciso III do §1º do art. 225 da CF/88, coube ao art. 36 deste diploma o tratamento da compensação ambiental (g. n.):

> Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.
> § 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.
> § 2º Ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades de conservação.
> § 3º Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o *caput* deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.

Posteriormente, a Lei 9.985/00 foi regulamentada pelo Decreto nº 4.340/02 que pormenorizou os detalhes e *modus operandi* do dever legal criado pelo art. 36 da Lei nº 9985/00. Destaca-se, também, que o art. 31 foi alterado pelo Decreto nº 5.566/05, mantendo a redação dos demais dispositivos (g. n):

> Art. 31. Para os fins de fixação da compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei no 9.985, de 2000, o órgão ambiental licenciador estabelecerá o grau de impacto a partir de estudo prévio de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA realizados quando do processo de licenciamento ambiental, sendo considerados os impactos negativos e não mitigáveis aos recursos ambientais.
> Parágrafo único. Os percentuais serão fixados, gradualmente, a partir de meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, considerando-se a amplitude dos impactos gerados, conforme estabelecido no *caput*.
> Art. 32. Será instituída no âmbito dos órgãos licenciadores câmaras de compensação ambiental, compostas por representantes do órgão, com a finalidade de analisar e propor a aplicação da compensação ambiental, para a aprovação da autoridade competente, de acordo com os estudos ambientais realizados e percentuais definidos.

> Art. 33. A aplicação dos recursos da compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei no 9.985, de 2000, nas unidades de conservação, existentes ou a serem criadas, deve obedecer à seguinte ordem de prioridade:
> I - regularização fundiária e demarcação das terras;
> II - elaboração, revisão ou implantação de plano de manejo;
> III - aquisição de bens e serviços necessários à implantação, gestão, monitoramento e proteção da unidade, compreendendo sua área de amortecimento;
> IV - desenvolvimento de estudos necessários à criação de nova unidade de conservação; e
> V - desenvolvimento de pesquisas necessárias para o manejo da unidade de conservação e área de amortecimento.
> Parágrafo único. Nos casos de Reserva Particular do Patrimônio Natural, Monumento Natural, Refúgio de Vida Silvestre, Área de Relevante Interesse Ecológico e Área de Proteção Ambiental, quando a posse e o domínio não sejam do Poder Público, os recursos da compensação somente poderão ser aplicados para custear as seguintes atividades:
> I - elaboração do Plano de Manejo ou nas atividades de proteção da unidade;
> II - realização das pesquisas necessárias para o manejo da unidade, sendo vedada a aquisição de bens e equipamentos permanentes;
> III - implantação de programas de educação ambiental; e
> IV - financiamento de estudos de viabilidade econômica para uso sustentável dos recursos naturais da unidade afetada.
> Art. 34. Os empreendimentos implantados antes da edição deste Decreto e em operação sem as respectivas licenças ambientais deverão requerer, no prazo de doze meses a partir da publicação deste Decreto, a regularização junto ao órgão ambiental competente mediante licença de operação corretiva ou retificadora.

Visando implementar o dever legal contido na Lei e repetido no respectivo Decreto, o IBAMA editou a Portaria nº 07/04, criando as Câmaras de Compensação Ambiental, e, por intermédio da Portaria nº 44/04, aprovou o regimento interno das mesmas, posteriormente alterado pela Portaria nº 49/05.

Sobre o tema, importante ressaltar também a Resolução CONAMA nº 371, de 5 de abril de 2006, que estabeleceu diretrizes aos órgãos ambientais para o cálculo, cobrança, aplicação, aprovação e controle de gastos de recursos advindos de compensação ambiental, conforme a Lei no 9.985/00, *in verbis* (g. n.):

> Art. 9º O órgão ambiental licenciador, ao definir as unidades de conservação a serem beneficiadas pelos recursos oriundos da compensação ambiental, respeitados os critérios previstos no art. 36 da Lei nº 9.985, de 2000 e a ordem de prioridades estabelecida no art. 33 do Decreto nº 4.340 de 2002, deverá observar:
> I - existindo uma ou mais unidades de conservação ou zonas de amortecimento afetadas diretamente pelo empreendimento ou atividade a ser licenciada, independentemente do grupo a que pertençam, deverão estas ser beneficiárias com recursos da compensação ambiental, considerando, entre outros, os critérios de proximidade, dimensão, vulnera-bilidade e infraestrutura existente.

Conforme acima verificado, a lei 9.985/00 (regulamentada pelo Decreto no 4.340/02) e demais dispositivos legais vieram consolidar e dar o devido amparo legal para a execução dos mecanismos de compensação ambiental, proporcionalmente ao grau de impacto específico de cada empreendimento em licenciamento.

Destaca-se, também, que os dispositivos referenciados abarcam o princípio do poluidor-pagador, não somente em sua dimensão de obrigação para a reparação de danos, mas também

como obrigação de arcar com os custos de preservação e conservação em contrapartida a empreendimento de relevante impacto ambiental. Esse custo deve ser assumido e incorporado pelo empreendedor antes da atividade ser autorizada pelo poder público, e neste particular, os estudos e avaliações ambientais prévias são importante instrumento de realização deste postulado do direito ambiental.

Assim, nos casos de empreendimentos e obras que causem significativo impacto ao meio ambiente, é mister que o processo de licenciamento da atividade contemple a realização de um EIA/RIMA para que este estudo informe quais os impactos advindos da atividade, caso ela venha a ser implantada.

No caso sob análise, saliento que a disposição do artigo 34 do Decreto nº 4.340/2002, citado anteriormente, não se aplica, haja vista que a empresa MINERAÇÃO CORUMBAENSE REUNIDAS S.A. já possuía licença de operação antes da edição do mencionado decreto.

Além disso, é incontroverso que o empreendimento objeto desta ação não sofreu ampliação desde a renovação da Licença de Operação emitida em 1996.

Ressalto, ainda, que, após análise dos documentos colacionados aos autos, verifica-se que o IBAMA exigiu soluções técnicas para obrigar a MINERAÇÃO CORUMBAENSE REUNIDAS S.A. a recuperar o meio ambiente degradado por sua atividade no curso da renovação das licenças ambientais.

Nesse sentido, da análise do Parecer nº 71/2012 do IBAMA (mídia juntada a f. 786 do 3º volume do Apenso I - cópia reproduzida na contestação do IBAMA à f. 211v.-227v. destes autos), percebe-se que foram exigidos pelo órgão ambiental condicionantes à renovação da licença de operação nº 23/96. O relatório aponta ainda medidas mecânicas e biológicas para recuperação da área degradada, entre outros.

Por fim, conforme observou a r. sentença, a presente demanda versa tão-somente acerca da possibilidade de aplicação retroativa da compensação ambiental prevista no artigo 36 da Lei 9.985/2000 como condição para a renovação de licença de operação do empreendimento dos réus. Portanto, não cabe avaliação acerca da efetividade das medidas impostas pelo IBAMA à recuperação da área degradada.

Assim, a r. sentença deve ser mantida.

Ante o exposto, *nego provimento* à remessa oficial e à apelação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE:

Apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra sentença que, em ação civil pública, julgou improcedente o seguinte pedido:

> A condenação da Mineração Corumbaense Reunida S.A. a compensar os danos ambientais nos termos do artigo 36 da Lei nº 9.985/2000 e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA a exigir tal compensação para a renovação da Licença de Operação do Empreendimento.

A eminente Desembargadora Mônica Nobre votou no sentido de desprover o recurso

e a remessa oficial por entender que "a disposição do artigo 34 do Decreto nº 4.340/2002, citado anteriormente, não se aplica, haja vista que a empresa MINERAÇÃO CORUMBAENSE REUNIDAS S.A. já possuía licença de operação antes da edição do mencionado decreto. Além disso, é incontroverso que o empreendimento objeto desta ação não sofreu ampliação desde a renovação da Licença de Operação emitida em 1996". Com a devida vênia, divirjo.

Pretende-se a aplicação do artigo 36 da Lei nº 9.985/2000 (SNUC - Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza):

> Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.
> § 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.
> § 2º Ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades de conservação.
> § 3º Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o *caput* deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.

A defesa, em síntese, sustenta que a compensação ambiental está legalmente associada ao prévio EIA/RIMA, que não é cabível, dado que sua atividade remonta a 1908, quando não era exigível. Implicaria, assim, aplicação retroativa da norma, o que entende inadmissível. O IBAMA, por sua vez, com base no artigo 6º da Resolução CONAMA 371/2006, considera que somente em caso de ampliação ou modificação do empreendimento já licenciado, sujeito ao aludido estudo de impacto ambiental, possibilitaria o pagamento compensatório.

Primeiramente, cumpre destacar que o STF já analisou a constitucionalidade da norma em questão:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 36 E SEUS §§ 1º, 2º E 3º DA LEI Nº 9.985, DE 18 DE JULHO DE 2000. CONSTITUCIONALIDADE DA COMPENSAÇÃO DEVIDA PELA IMPLANTAÇÃO DE EMPREENDIMENTOS DE SIGNIFICATIVO IMPACTO AMBIENTAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO § 1º DO ART. 36.
> 1. O compartilhamento-compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985/2000 não ofende o princípio da legalidade, dado haver sido a própria lei que previu o modo de financiamento dos gastos com as unidades de conservação da natureza. De igual forma, não há violação ao princípio da separação dos Poderes, por não se tratar de delegação do Poder Legislativo para o Executivo impor deveres aos administrados. 2. Compete ao órgão licenciador fixar o quantum da compensação, de acordo com a compostura do impacto ambiental a ser dimensionado no relatório - EIA/RIMA.
> 3. *O art. 36 da Lei nº 9.985/2000 densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica.*

> 4. *Inexistente desrespeito ao postulado da razoabilidade. Compensação ambiental que se revela como instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional. Medida amplamente compensada pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido em sua higidez.*
> 5. Inconstitucionalidade da expressão "não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento", no § 1º do art. 36 da Lei nº 9.985/2000. O valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa. Prescindibilidade da fixação de percentual sobre os custos do empreendimento.
> 6. Ação parcialmente procedente.

Assentada a adequação do artigo 36 da Lei nº 9.985/2000 à Carta Magna (artigo 225) e sua importância para a preservação do meio ambiente, evidencia-se de sua leitura que se aplica aos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, vale ressaltar, não se restringe às situações de ampliação ou modificação. Ademais, não condiz com a melhor hermenêutica a interpretação da Resolução CONAMA nº 371/2006 levada a cabo pelo IBAMA, pois se verifica que seu artigo 5º cuida dos novos empreendimentos e o 6º (Nos casos de licenciamento ambiental para a ampliação ou modificação de empreendimentos já licenciados, sujeitas25 a EIA/RIMA, que impliquem em significativo impacto ambiental, a compensação ambiental será definida com base nos custos da ampliação ou modificação.) das ampliações/modificações, ou seja, nada dispõe sobre a situação do empreendimento dos autos, que não é novo nem foi alterado, porém o licenciamento é necessário. Conduziria, em última análise, à prevalência de *direito adquirido de poluir*. Prepondera, todavia, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em interpretação harmoniosa dos primados constitucionais, inclusive porque a "anterioridade" que deve ser considerada é a da boa qualidade ambiental, o que não implica equívoco interpretativo que gere insegurança jurídica ou injustiça. Como já se disse: "Até porque se se pudesse falar em 'anterioridade', ela deveria beneficiar a boa qualidade do meio ambiente, que sem dúvida precedeu toda a instalação fonte de danos e agressões ambientais, sendo de todo inadmissível pretender que a existência e a repetição de emissões poluentes em certo local, mesmo ao longo de seguidos anos, determine a sorte de toda uma região e comprometa indefinidamente, para o futuro, o destino do meio ambiente e da qualidade de vida da população." (MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação Civil Pública e Reparação do Dano ao Meio Ambiente. São Paulo. Ed. Juarez de Oliveira, 2004, p. 116).

Por outro lado, entendo que a aplicação da regra em comento não implica retroatividade. É incontroverso que a atividade mineradora da ré se sujeita à renovação da licença ambiental por força da Resolução CONAMA 237/1997 e do artigo 9º, IV, da Lei nº 6938/81 (Art 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: (...) IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras). Os recursos naturais extraídos não são renováveis, de modo que o dano ambiental, obviamente, é contínuo, presente e se amplia na proporção em que avança a exploração. Aliás, é precisamente por essa razão que o Decreto nº 4.340/02, que regulamentou a Lei 9.985/00, prevê o chamado licenciamento corretivo:

> Art. 34. Os empreendimentos implantados antes da edição deste Decreto e em operação sem as respectivas licenças ambientais deverão requerer, no prazo de doze meses a partir da publicação deste Decreto, a regularização junto ao órgão ambiental competente mediante licença de operação corretiva ou retificadora.

É inequívoco que a lavra e os danos decorrentes são atuais e avançam com o passar do tempo. Assim, *in casu*, a implementação de compensação ambiental, nos termos da legislação superveniente, na oportunidade em que exigível a renovação da licença, de modo algum caracteriza sua aplicação retroativa. O apelo do MPF frisou (fl. 284) com propriedade a lição de Milaré, Mazzili e Ferraz de que "as normas editadas com escopo de defender o meio ambiente, por serem de ordem pública, *têm aplicação imediata e se aplicam não apenas aos fatos ocorridos sob sua vigência, como também às consequências e aos efeitos atuais e futuros dos fatos ocorridos sob a égide da lei anterior* (facta petendia). Essas normas só não atingirão os fatos ou relações jurídicas já definitivamente exauridos antes de sua edição (facta praeterita)" (*in* O Ministério Público e a Questão Ambiental na Constituição. Disponível em http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/mpambcf.pdf).

Por fim, quanto ao argumento de que o artigo 36 da Lei nº 9.985/2000 vincula a compensação à realização do EIA/RIMA, que não é mais cabível em relação à mineradora ora demandada, o STJ tem precedente no sentido de que deve ser substituído por perícia para aquilatar os impactos, *verbis*:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AO MEIO AMBIENTE. USINA HIDRELÉTRICA DE CHAVANTES. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. LEI 7.990/89. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS. DANOS AMBIENTAIS EVENTUAIS NÃO ABRANGIDOS POR ESSE DIPLOMA NORMATIVO. PRECEDENTE STF. *EXIGÊNCIA DE ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL (EIA/RIMA). OBRA IMPLEMENTADA ANTERIORMENTE À SUA REGULAMENTAÇÃO. PROVIDÊNCIA INEXEQUÍVEL. PREJUÍZOS FÍSICOS E ECONÔMICOS A SEREM APURADOS MEDIANTE PERÍCIA TÉCNICA*. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
> 1. O Tribunal de origem apreciou adequadamente todos os pontos necessários ao desate da lide, não havendo nenhuma obscuridade que justifique a sua anulação por este Superior Tribunal.
> 2. A melhor exegese a ser dispensada ao art. 1º da Lei 7.990/89 é a de que a compensação financeira deve se dar somente pela utilização dos recursos hídricos, não se incluindo eventuais danos ambientais causados por essa utilização.
> 3. Sobre o tema, decidiu o Plenário do STF: "Compensação ambiental que se revela como instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional" (ADI 3.378-DF, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe 20/06/2008).
> 4. *A natureza do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado - fundamental e difusa - não confere ao empreendedor direito adquirido de, por meio do desenvolvimento de sua atividade, agredir a natureza, ocasionando prejuízos de diversas ordens à presente e futura gerações.*
> *5. Atrita com o senso lógico, contudo, pretender a realização de prévio Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) num empreendimento que está em atividade desde 1971, isto é, há 43 anos.*
> *6. Entretanto, impõe-se a realização, em cabível substituição, de perícia técnica no intuito de aquilatar os impactos físicos e econômicos decorrentes das atividades desenvolvidas pela Usina Hidrelétrica de Chavantes, especialmente no Município autor da demanda (Santana do Itararé/PR).*
> 7. Recurso especial parcialmente provido.
> (REsp 1172553/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª Turma; j. em 27/05/2014)

Ante o exposto, *dou provimento ao apelo do MPF e à remessa oficial para julgar procedente o pedido*, a fim de condenar a Mineração Corumbaense Reunida S.A. a compensar os

danos ambientais nos termos do artigo 36 da Lei nº 9.985/2000 e o IBAMA a exigi-la para a renovação da Licença de Operação do Empreendimento. Sem honorários (STJ, AGAREsp 221459, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, v.u., DJE DATA:23/04/2013).

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
5023945-46.2017.4.03.6100

Apelantes: ORIMAKINDE OYINDOLAPO KIKIOPE, ORIMAKINDE ADEJARE OMOGBOLAHAN, UNIÃO FEDERAL
Apelados: OS MESMOS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Classe do Processo: ApReeNec 1728
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/09/2018

EMENTA

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÕES EM MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA *EXTRA PETITA*. NULIDADE PARCIAL. APELO DOS IMPETRANTES PREJUDICADO. MÉRITO. O DIREITO À PERMANÊNCIA NO PAÍS PELA EXISTÊNCIA DE PROLE BRASILEIRA DEVE ABRANGER TODO O NÚCLEO FAMILIAR, PRESERVANDO-SE AS RELAÇÕES SOCIOAFETIVAS E O SUPORTE ECONÔMICO DE SEUS MEMBROS. O DIREITO À PERMANÊNCIA NO PAÍS DE MÃE ESTRANGEIRA DE FILHO BRASILEIRO GARANTE TAMBÉM A PERMANÊNCIA DE SEUS FILHOS ESTRANGEIROS MANTIDOS SOB SUA TUTELA. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO POR PARTE DO GENITOR ESTRANGEIRO, PRESUMIDA, DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS APRESENTADAS, A INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO ENTRE O MESMO E OS FILHOS, E OBSERVADA A PRESERVAÇÃO DO NÚCLEO FAMILIAR. A CONCESSÃO DE VISTO PERMANENTE NÃO IMPEDE O PAI BIOLÓGICO DE PLEITEAR DIREITO FAMILIAR EM SEU PAÍS DE ORIGEM OU PERANTE O ORDENAMENTO BRASILEIRO, EM ATENÇÃO Á CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, NÃO FICANDO O ESTADO BRASILEIRO ADSTRITO À DECISÃO ADMINISTRATIVA CONCEDENDO O VISTO DE PERMANÊNCIA. REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO PARA DECLARAR A NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA, JULGANDO PREJUDICADO O APELO DOS IMPETRANTES. APELO DA UNIÃO FEDERAL DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao reexame necessário para declarar a nulidade parcial da r. sentença naquilo que ultrapassa o pleito, julgando prejudicado o apelo dos impetrantes, e negar provimento ao apelo da União Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Trata-se de reexame necessário e recursos de apelação interpostos pela UNIÃO FEDERAL e por ORIMAKINDE ADEJARE OMOGOBALAHAN e ORIMAKINDE OYINDOPALO

KIKIOPE perante sentença que concedeu parcialmente a segurança pleiteada pelos últimos, determinando que a Polícia Federal não exija a apresentação de autorização ou do documento de identidade do pai dos impetrantes para processar pedido de permanência no país por existência de prole.

Os impetrantes são filhos menores de ORIMAKINDE IBIRONKE OLUWAFUNMILAYO, todos de nacionalidade nigeriana e ingressos no Brasil na qualidade de refugiados. Já no país, a genitora passou a manter união estável com OJO AFOLABI ADEWUMI, com quem teve KELVIN FAVOUR JOSEPH AFOLABI, filho brasileiro e que, segundo os impetrantes, permitiu a concessão de permanência da mãe e de seu companheiro com base em prole brasileira.

Nada obstante, o pedido de regularização migratória dos impetrantes não foi recebido, haja vista não ter sido apresentada cópia do documento de identidade de seu pai ou autorização para permanência no país, ou ainda decisão judicial suprindo aquela autorização. Alegam os impetrantes que a exigência reputa-se ilegal, ausente previsão nesse sentido; e desproporcional, pois o contato com o pai é extremamente difícil, e este não exerce qualquer influência parental ou econômica, constituindo inclusive nova família na Nigéria (3142217 e 3142222).

O juízo deferiu medida liminar para o processamento do pedido sem a necessidade de autorização do pai ou apresentação de seu documento de identidade (3142223). A União Federal interpôs agravo de instrumento, julgado prejudicado pelo E. Des. Fed. Hélio Nogueira com a prolação da sentença (5000091-53.2018.4.03.0000).

Notificada, a autoridade impetrada prestou informações. Sustenta, preliminarmente, a inadequação da via eleita em face de ausência de prova pré-constituída. No mérito, afirma que a Portaria nº 04/2015 do Ministério da Justiça, que dispõe sobre os procedimentos de permanência definitiva de estrangeiro, determina que, havendo documentação pendente, deve a unidade da Polícia Federal receber o pedido, fornecer protocolo e encaminhar o processo para apreciação do DEMIG/SNJ/MJ. Aduz que a necessidade de autorização de ambos os pais de criança ou adolescente, para o requerimento de regularização migratória e expedição de carteira perante a Polícia Federal é exigência que decorre do direito de representação ou assistência, atributo do poder familiar, disposto no art. 1634 do CC. (3142282).

O Ministério Público Federal oficiante em Primeiro Grau opinou pela concessão da segurança garantindo a permanência dos menores, comunicando-se a decisão ao Consulado da Nigéria (3142285).

O juízo concedeu parcialmente a segurança, considerando que, diante da situação apresentada, não é razoável exigir anuência do genitor para o processamento do pedido. Decidiu pela manutenção da exigibilidade das respectivas taxas. O juízo determinou a expedição de ofício ao Consulado da Nigéria. Sujeitou sua decisão ao reexame necessário (3142286).

Os impetrantes interpuseram apelo, pleiteando a isenção das taxas (3142295).

A União Federal interpôs apelo, asseverando que a exigência não se resume à cópia do documento de identidade do genitor, mas sim sua autorização para que possa ser deferido o pedido, enquanto titular do poder parental. Aponta ainda que os impetrantes estão acobertados pelo ordenamento na condição de refugiados, mantido o direito à residência no país enquanto inexistente decisão definitiva sobre o refúgio – art. 21 da lei 9.474/97 (3142297).

Contrarrazões (3142299 e 3142303).

A Procuradoria Regional da República opinou pelo não conhecimento do apelo dos impetrantes, pois inexiste pedido de isenção de taxas; e pelo não provimento do apelo e do reexame necessário (3521333).

O Des. Fed. Hélio Nogueira declinou da competência em favor desta 2ª Seção (3522930).

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Em sede preliminar, reconhece-se o caráter *extra petita* da sentença no que tange ao afastamento da exigibilidade das taxas atinentes ao pedido de permanência no país. O objeto mandamental restringe-se à legalidade e razoabilidade da exigência de autorização do genitor dos impetrantes para processar o pedido de permanência, ingressando a Defensoria Pública da União com ação mandamental diversa para discutir a incidência tributária (5015816-52.2017.4.03.6100).

Consequentemente, fica configurada a nulidade parcial da r. sentença e prejudicado o recurso interposto pelos impetrantes.

No mérito, conforme documentação acostada em sua inicial, os impetrantes ingressaram na condição de refugiados com sua mãe em 24.01.17, recebidos os protocolos de refúgio e expedido números de registro no CPF. A partir de então, nos termos do art. 21 da Lei 9.474/97, lhes foi conferido o direito de permanência no país enquanto a Administração não proferisse decisão definitiva sobre o refúgio (situação que aparentemente se mantém).

Neste interim, a mãe dos impetrantes teve com OJO AFOLABI ADEWUMI – também nigeriano e refugiado – filho brasileiro, nascido em 22.08.2017 na cidade de São Paulo (SP). Alega a representante que o fato ensejou o pedido de permanência permanente no país em face da existência de prole brasileira e da necessidade de reunião familiar, segundo o art. 30, I, j, 37, II, e 55, II, a, da Lei 13.445/17 (nova Lei de Migração) e da Portaria MJ nº 04/15. Porém, foi exigida autorização do genitor dos impetrantes para o processamento do pedido quanto aos mesmos, ensejando a impetração do *mandamus*.

A normativa apontada garante ao estrangeiro o direito de se fixar no país caso mantenha filho brasileiro sob sua guarda, tutela ou dependência econômica ou socioafetiva, tornando expresso entendimento jurisprudencial acerca do conceito de guarda então previsto no art. 75, II, b, da Lei 6.815/80 (HC 201400998413 / STJ - PRIMEIRA SEÇÃO / MIN. SÉRGIO KUKINA / DJE DATA:29/10/2014, HC 201400455140 / STJ - PRIMEIRA SEÇÃO / MIN. BENEDITO GONÇALVES / DJE DATA:20/06/2014 e HC 201201580640 / STJ - PRIMEIRA SEÇÃO / MIN. BENEDITO GONÇALVES / DJE DATA:03/10/2012).

É o que se sucede nos autos, presumida a dependência afetiva e econômica do filho brasileiro perante seus pais biológicos, aqui havidos na condição de refugiados. Há, portanto, situação jurídica diversa da apresentada no ingresso dos mesmos no país, a ensejar o gozo do direito de aqui permanecer em definitivo diante da prevalência do interesse do menor. Mais precisamente, passam os pais a não se submeter à decisão definitiva do CONARE para aqui fixarem residência definitiva, amparados agora por norma jurídica diversa da prevista no art. 21 da Lei 9.474/97.

Por decorrência lógica e mantida a prevalência do interesse do menor, o direito à residência definitiva deve abranger todo o núcleo familiar, alcançando não só os pais do filho brasileiro, como também os filhos estrangeiros sob a tutela de seus pais. Com efeito, violaria frontalmente o ordenamento brasileiro e internacional garantir a permanência do estrangeiro para proteção de prole brasileira, mas manter sob situação transitória no país seus demais

filhos, aqui também residentes, sujeitando-os à separação compulsória caso não sejam admitidos em definitivo como refugiados.

Nesse sentir, torna-se desarrazoada a exigibilidade de autorização por parte do genitor dos filhos trazidos ao país para que seja processado o pedido de permanência definitiva, atento à presunção de que a relação familiar é exercida por sua mãe e seu atual companheiro, merecendo esta também a preservação a partir do visto de permanência. Em suma, a unidade familiar abrange tanto a relação da mãe estrangeira com seu filho brasileiro quanto com seus filhos estrangeiros, devendo todos se aproveitar do visto de permanência.

Colaciona-se jurisprudência deste Tribunal com posicionamento correlato:

> ADMINISTRATIVO. NEGATIVA NO FORNECIMENTO DO PROTOCOLO DO PEDIDO DE REGULARIZAÇÃO MIGRATÓRIA. ESTRANGEIRO CASADO COM BRASILEIRA. REUNIÃO FAMILIAR. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.
> - A Resolução Normativa nº 108 do Conselho Nacional de Imigração, define os requisitos para concessão do visto temporário ou permanente, a título de reunião familiar. -A Portaria do Ministério da Justiça nº 04/2015, dispõe sobre os procedimentos de permanência definitiva e registro de *estrangeiros*, com base nas modalidades de reunião familiar, *prole*, casamento e união estável.
> - Informa o autor que apesar de apresentar todas as condições favoráveis à concessão da permanência, sequer pôde protocolar o pedido de regularização migratória.
> - Referido indeferimento no fornecimento do protocolo, deixou o autor em situação irregular no país, e embora tenha buscado solucionar o problema na via administrativa, teve seu pedido negado.
> - A recusa na emissão do documento, de modo injustificado, ofende ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, na medida em que impede o legítimo exercício do direito do autor de permanência no país.
> - Remessa oficial improvida.
> (ReeNec 00167738020134036100 / TRF3 – QUARTA REGIÃO / DESª FED. MÔNICA NOBRE / e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/08/2017)

> DIREITO PROCESSUAL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ESTATUTO DO ESTRANGEIRO. MULTA. PERDA DE PRAZO DA RENOVAÇÃO DE VISTO. DIREITO DE CIDADANIA. SOPESAMENTO DE DIREITOS HUMANOS. PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE. APELAÇÃO PROVIDA.
> 1. Questão posta nos autos diz respeito à anulação do Auto de Infração e Notificação nº 3271/2015 lavrado contra nacional da República do Haiti, para imposição de multa no valor de R$ 827,75, com fundamento no artigo 125, III, da Lei 6.815/1980, em razão de ter a impetrante deixado transcorrer o prazo de 30 dias para renovação de visto de permanência.
> 2. É sabido que, em decorrência da catástrofe natural que assolou o país em 2010, a apelante obteve visto permanente com registro inicial válido por 5 anos, com fundamento em razões humanitárias e de reunião familiar, emitido pela Embaixada do Brasil em Porto Príncipe, conforme documento de fl. 15. Assim, em 13.11.2014, ingressou regularmente no Brasil, onde já residiam seu marido e filhos, em busca de melhores condições de vida. Ocorre que, tendo comparecido, em 17.08.2015, na Polícia federal para efetivar seu registro como permanente, teve lavrado contra si o referido auto de infração.
> 3. Sustenta a impetrante que em nenhum momento foi informada de que deveria efetivar o registro em 30 dias. De fato, o Formulário de Pedido de Visto (fl. 15) não faz referência a nenhum prazo, apenas dispondo ser "obrigatória a apresentação desde formulário para registro junto à Policia Federal, nos termos da legislação em vigor". Igualmente, não consta na página

de seu passaporte destinada ao visto (fl. 22) qualquer informação nesse sentido, e nem fez a União Federal prova de que a autora teria sido efetivamente comunicada acerca do prazo.
4. É certo que ninguém pode se escusar de cumprir a lei alegando seu desconhecimento, contudo, este comando não se traduz numa presunção absoluta, especialmente quando se contrasta uma sociedade pluralista e com níveis tão grandes de desigualdade social frente à linguagem técnica jurídica adotada nos diplomas legais. No presente caso, a situação é ainda mais delicada, uma vez que se trata de pessoa estrangeira, sem conhecimento da língua portuguesa, e em profundo estado de vulnerabilidade social. Portanto, escapa completamente ao juízo de razoabilidade supor que a mera frase "nos termos da legislação em vigor" configure orientação suficiente para que a impetrante tivesse condições de compreender o prazo de 30 dias.
5. Ademais, discute-se ainda a proporcionalidade da multa aplicada diante da condição de hipossuficiência da impetrante, fazendo-se necessárias algumas considerações doutrinárias e jurisprudenciais. É nítido o contexto geral de crise humanitária que se desenvolve em várias partes do mundo, envolvendo especialmente a questão dos refugiados. Diante disso, é tendência que os países se comprometam em assumir compromissos internacionais em prol da garantia material dos direitos humanos. No caso particular do Haiti, o Brasil, inclusive, já enviou por diversas vezes tropas militares para apoio em missões de paz da ONU. Não se coaduna com essa postura a adoção de um formalismo jurídico simplista em detrimento da dignidade humana daqueles que o país se pretende a ajudar. Há muito no ordenamento jurídico brasileiro já é reconhecida a normatividade das normas constitucionais que não podem servir de letra morta frente a qualquer dispositivo de lei infraconstitucional.
6. Importa-se mencionar, portanto, que, na hipótese em comento, a teleologia da regra que rege a matéria em questão busca tutelar o controle e a ordem da situação dos *estrangeiros* em território nacional, de modo que não se pode considerar como intimidadora ou nociva a situação da impetrante que, além de demonstrar boa-fé na busca por sua regularização, obteve a concessão de visto permanente por razões humanitárias.
7. Nesse sentido, fica evidente que o prejuízo suportado pela demandante, que tem seu direito de permanência fortemente ameaçado ante sua falta de condições financeiras para arcar com a multa imputada, é infinitamente maior do que a perda estatal em promover uma regularização fora do prazo prescrito em lei.
8. Precedentes.
9. Por fim, destaca-se que multa aplicada no valor de R$ 827,75 é maior do que o salário mínimo vigente à época de sua imputação, revelando-se totalmente desproporcional para uma pessoa com baixa renda, assistida da Defensoria Pública da União, que imigrou de um país em situação de calamidade socioambiental, sendo impossível quitá-la sem o sacrifício de seu sustento pessoal e de sua família.
10. Apelação provida, para conceder a segurança e determinar a anulação do Auto de Infração e Notificação nº 3271/2015.
(AMS 00252728220154036100 / TRF3 – TERCEIRA TURMA / DES. FED. CARLOS MUTA / e-DJF3 05/05/2017)

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ESTRANGEIRO. VISTO DE TURISTA EXPIRADO. PEDIDO DE VISTO DE PERMANÊNCIA PENDENTE. EXIGÊNCIA DE SAÍDA DO TERRITÓRIO NACIONAL. COMPANHEIRA E FILHO MENOR DE ESTRANGEIRO RESIDENTE TITULAR DE VISTO DE PERMANÊNCIA. ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROTEÇÃO À ENTIDADE FAMILIAR. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. ESTADIA ASSEGURADA ATÉ ANÁLISE DO PEDIDO DE VISTO DE PERMANÊNCIA.
I - Em regra, considera-se irregular o turista estrangeiro que permanecer no território nacional além do prazo assinalado na lei, sendo vedada a legalização dessa situação ou a transformação em permanente do visto de turista, consoante o art. 38 da Lei n. 6.815/80.

II - A permanência temporária ou permanente de estrangeiro com finalidade de reunião familiar, relativamente a cidadão brasileiro ou estrangeiro residente, deve ser pleiteada perante as Missões Diplomáticas, Repartições Consulares de Carreira ou Vice-Consulados instalados no local de residência do interessado, consoante a Resolução Normativa n. 36/99, nada impedindo, no entanto, o ingresso do familiar estrangeiro na qualidade de turista, podendo o pedido de permanência ser formulado perante o Conselho Nacional de Imigração.
III - A situação excepcional do estrangeiro com visto de turista vencido, mas com pretensão de permanência no País em razão de reunião familiar, deve ser analisada dentro do contexto da colisão de interesses entre as prerrogativas do Estado na preservação da aplicação da lei e o direito fundamental do particular na proteção da integridade da unidade familiar, à vista do art. 226 da Constituição da República, merecendo proteção o interesse cuja possibilidade de lesão mostre-se mais significativa.
IV - A imposição de separação familiar envolvendo filho menor, ainda que temporária, é proporcionalmente mais grave do que a não aplicação da norma que determina a retirada do estrangeiro com o visto de turista vencido, sabendo que, nessa ultima hipótese, o prejuízo é minimizado e até mesmo anulado na hipótese de futura concessão de visto de permanência aos familiares estrangeiros pela autoridade migratória, caso em que poderão residir sem empecilhos no território nacional.
V - Em situação congênere, o Colendo Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento segundo o qual a expulsão de estrangeiro que possui filho brasileiro, ainda que nascido após a condenação penal e ao decreto expulsório, com o intuito de tutelar a família, a criança e ao adolescente, desde que comprovada a dependência econômica e a convivência sócio-afetiva.
VI - A dependência econômica em relação ao estrangeiro residente, portador de visto de permanência, está evidenciada na relação de filiação do segundo Impetrante, menor, e na condição e mãe e companheira da primeira Impetrante.
VII - Apelação e remessa oficial improvidas.
(AMS 00219989620044036100 / TRF3 – SEXTA TURMA / DESª FED. REGINA COSTA / e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/05/2013)

Ademais, o deferimento do pedido de permanência dos menores não afasta o direito de o pai nigeriano procurar o Judiciário ou os órgãos administrativos competentes de seu país para pleitear o exercício do direito de guarda, visitação e afins. Comprovada a violação a esses direitos e obedecidos os devidos trâmites processuais, não fica o Estado brasileiro adstrito à decisão administrativa pela permanência dos impetrantes, cumprindo ao mesmo promover a tutela adequada em cooperação com o Estado Nigerianio, observados os ditames previstos na Convenção sobre os Direitos da Criança (internalizado pelo Decreto nº 99.710/90), da qual ambos os países são signatários.

Destarte, observada a presente situação familiar e em observância da legislação vigente e do princípio da supremacia do interesse do menor (tanto brasileiro quanto estrangeiro), confirma-se o direito líquido e certo dos impetrantes verem processado seu pedido de permanência no país independentemente da autorização de seu genitor ou de decisão judicial nesse sentido.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao reexame necessário para declarar a nulidade parcial da r. sentença naquilo que ultrapassa o pleito, julgando prejudicado o apelo dos impetrantes, e nego provimento ao apelo da União Federal.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA
5024900-10.2018.4.03.0000

Requerente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
Requerido: DELCÍDIO DO AMARAL GOMEZ
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA - PRESIDENTE
Classe do Processo: SS 11556
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/10/2018

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de pedido de suspensão de segurança, apresentado pela Procuradoria da República no Estado do Mato Grosso do Sul, com o objetivo de sustar a eficácia de decisão proferida pelo juízo da 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Campo Grande – MS, nos autos da Tutela Cautelar Antecedente nº 5007946-28.2018.4.03.6000, de conteúdo abaixo reproduzido:

> *DELCÍDIO DO AMARAL GOMEZ* requer medida cautelar em caráter antecedente em face da *UNIÃO*.
> Colhem-se da narração fática as seguintes alegações:
> "É fato público e notório que o autor se elegeu para o cargo de Senador da República nas eleições de 2002, pelo Partido dos Trabalhadores (PT), e reeleito novamente, no pleito de 2010, com expressiva votação de 826.848 (oitocentos e vinte seis mil, oitocentos e quarenta e oito) votos.
> No exercício parlamentar, o autor ganhou projeção nacional ao ser presidente da CPMI dos Correios, em 2005. E no ano de 2014, se tornou líder do governo no Congresso Nacional.
> É também fato público e notório que em maio/2016, após ser acusado de suposta tentativa de embaraçar investigação Lava Jato e patrocínio infiel, em sessão célere e fatal, o Senado Federal cassou o mandato do autor por quebra do decoro parlamentar (art. 5º, Inciso III, Código Ética c/c art. 55, inc. II e § 2º, CF/88), fazendo olhos míope e ouvidos moucos ao *princípio do devido processo legal* ((art. 5º, LIV, CF/88), sustentado na defesa prévia e reforçado nas alegações finais pelo parlamentar, dentre outras ilegalidades, em especial, a *ilicitude da gravação ambiental por terceiro e o flagrante preparado* (doc. anexo).
> O parecer do Conselho de Ética do Senado, não obstante destacar que acusações não comprovadas não tem força para impor cassação de parlamentar, que o 'conceito de decoro parlamentar não é de fácil objetivação', opinou pela cassação do autor, a pretexto de que 'preservar o respeito e a credibilidade do Senador Federal, evitando-se, assim, que se fomentem sentimentos populares contra a democracia representativa'.
> A participação do autor na conversa gravada por Bernardo Cerveró (filho de Nestor Cerveró), foi o que norteou o ato de cassação do líder do governo, redundando na *Resolução n. 21 de 10/05/2016*, a qual decretou a perda do mandato por quebra do decoro parlamentar, sob o fundamento que 'o Representado participou de uma reunião, juntamente com outras três pessoas, com finalidade de propor medidas que, caso fossem implementadas, obstruiriam a Justiça, especificamente no que diz respeito às apurações relacionadas à operação Lava Jato, e que colocariam em dúvida o isento e correto funcionamento da Suprema Corte Brasileira' (doc. anexo).
> Entretanto, no *mês de julho/2018*, após regular instrução processual na ação penal n. 42543-76.2016.4.01.3400, o *MM Juiz 10ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do DF* - Dr.

RICARDO AUGUSTO SOARES LEITE, absolveu o autor, com *fundamento no art. 386, inciso III, CPP (não constituir o fato infração penal),* registrando a trama arquiteta pelo filho de Nestor Cerveró, com propósito de envolver Delcídio e, com isso, ter aceita proposta de colaboração premiada e obter liberdade, bem como ressaltou a boa-fé do ex-senador em prestar auxílio à família de Cerveró, decidindo que houve flagrante preparado e a nulidade da prova – gravação ambiental, concluindo pela absolvição ante a inexistência do crime de obstrução da justiça (doc. anexo).

Colhe-se ainda, que a sentença absolutória, destaca que '*a simples conversa do Senador com magistrado não pode ser considerada crime*. Não há menção de qualquer vantagem a ser oferecida a julgadores na gravação realizada. (...). O Código da Magistratura não proíbe que pessoas procurem o magistrado para expor suas razões. *Ademais, o encontro alardeado pelo então Senador e réu DELCÍDIO DO AMARAL sequer teve existência*. Deve prevalecer então, a tese de que DELCÍDIO realmente queria dar esperanças à família de Nestor Cerveró' (fls. 7772-verso – grifo nosso).

Gize-se que, *quanto à acusação de exploração de prestigio e patrocínio infiel, o próprio MPF pediu a absolvição* (doc. anexo).

Além disso, há outro fato superveniente relevante, pois constatou-se a , que a gravação ambiental que deu posteriori origem ao processo administrativo, foi coletada de forma absolutamente ilícita, com participação efetiva e controle do então Procurador da República MARCELLO PARANHOS DE OLIVERA MILLER (braço-direito do Procurador-geral República Rodrigo Janot) e Bernardo Cerveró, conforme confessado por Nestor Cerveró, na audiência gravada no fechamento da delação do referido colaborador, cujo vídeo foi vazado na internet, conforme reportagem divulgada pela Jovem Pan (https:www.youtube.com/watch?v=WkPB-aVhZ5w).

Diante desses *fatos supervenientes*, principalmente o reconhecimento, da ilicitude da prova que norteou o processo de cassação, desprezado pela Comissão Ética, *o autor protocolizou no dia 21/09/2018, às 14h18min, no Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal, 'Pedido de Revisão da Resolução n. 21/2016*', pedindo suspensão dos efeitos da Resolução n. 21/2016, o qual foi autuado sob n. PCE n. 7/2018 (doc. anexo).

Ocorre que até a presente data, o SENADO FEDERAL não emitiu qualquer manifestação sobre o 'Pedido de Revisão' autuado sob n. 7/2018, não podendo o autor ficar à mercê do Congresso, já que isso traz consequências nefastas ao seu fundamental direito político de elegibilidade, assegurado pela Constituição Federal (art. 14).

Desse modo, como o autor, atendendo aos anseios da população sul-mato-grossense, no último dia 17/09/2018, fez registro de candidatura ao cargo de Senador pelo PTC, autuada pelo TRE/MS, sob n. 0601484-32.2018.6.12.0000, vale-se da presente tutela cautelar antecedente – art. 305 e ss., CPC, para preservação do seu ius honorum."

Afirma que por ora pretende apenas o reconhecimento do exercício de seus direitos eleitorais, passivos e ativos até que o Senado Federal proceda à revisão do processo cassação que formulou no dia 24.09.2018 – PCE n. 07/2018.

Assim, busca "suspender a eficácia da Resolução n. 21/2016, quanto à consequência de perda dos direitos políticos e aos efeitos da inelegibilidade, para que com isto, tendo seus direitos políticos restabelecidos, ainda que provisoriamente, possa ter assegurada a sua participação no processo eleitoral em curso".

Esclarece que irá requerer na ação principal a ser proposta a "*anulação de ato jurídico (nulidade da referida Resolução)*".

Entende que seu direito está claramente demonstrado após a sentença absolutória na esfera penal, decretando a ilicitude da prova utilizada no procedimento administrativo de cassação e a inexistência de crime de obstrução da justiça.

Nesse passo, entende a decisão fundada em provas nulas deve ser reformada, uma vez que tais provas não produzirem efeitos na esfera jurídica do réu.

Formula pedido liminar para "suspender a eficácia da Resolução n. 21/2016, do Senado

Federal – ou modular os seus efeitos – para que não seja um impedimento do exercício dos direitos políticos do requerente, para todos os fins e efeitos de direito, notadamente para possibilitar o exercício passivo desses mesmos direitos e ter assegurado a sua elegibilidade no prélio eleitoral que se avizinha".
Juntou documentos.
Decido.
De acordo com a Resolução nº 21, de 10 de maio de 2016, subscrita pelo Presidente do Senado Federal, aquela Augusta Casa decretou a perda do mandado do Senador Delcídio do Amaral Gomez, nos termos do art. 55, II, da Constituição Federal, combinado com os arts. 5º, incisos I e III, e 11, inciso II, da Resolução nº 20, de 1993, do Senado Federal.
Diz a CF:
"Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:
(...).
II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;
§ 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.
§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa".
E os arts. 5º e 11, da citada Resolução do Senado estabelecem:
"Art. 5º Consideram-se incompatíveis com a ética e o decoro parlamentar:
I – o abuso das prerrogativas constitucionais asseguradas aos membros do Congresso Nacional (Constituição Federal, art. 55, § 1º);
(...).
III – a prática de irregularidades graves no desempenho do mandato ou de encargos decorrentes
Art. 11. Serão punidas com a perda do mandato:
(...).
II – a prática de qualquer dos atos contrários à ética e ao decoro parlamentar capitulados nos arts. 4º e 5º (Constituição Federal, art. 55);"
Constata-se do Relatório subscrito pelo Senador Telmário Mota, que o autor foi indiciado no Conselho de Ética por ter obstruído os trabalhos da Justiça, ao se oferecer para influenciar junto ao STF para a obtenção de um habeas corpus favorável a Nestor Cerveró, bem como para auxiliar no planejamento de sua fuga. (autos nº 11275381 – pag. 3). Mais adiante ao rejeitar a preliminar na qual o indiciado pugnava por uma sanção mais branda do que a cassação do mandato, o relator observou: o pedido da defesa não pode ser acatado, pois todos os fatos que resultaram em sua prisão decretada pelo STF – fato inédito na história brasileira em se tratando de parlamentar no exercício do mandato –, formaram uma moldura, já amplamente examinada neste relatório, que levam à inequívoca conclusão de que o Senador Delcídio do Amaral ao ser flagrado em negociações para obstruir a justiça, inclusive tramando fuga de condenado e processo judicial, proceder de modo incompatível com o decoro parlamentar, cabendo ao Senado Federal reconhecer e declarar esse seu desvio de comportamento e aplicar a perda de seu mandato senatorial, por força do art. 55, II, da Constituição Federal (autos nº 11275381 – pag. 31). E ao examinar o mérito da acusação, o Relator concluiu: entendemos que não há dúvidas de que o Representado participou de uma reunião, juntamente com outras três pessoas, com a finalidade de propor medidas que, caso fossem implementadas, obstruiriam a Justiça, especificamente no que diz respeito às apurações relacionadas à operação Lava Jato, e que colocariam em dúvida o isento e correto funcionamento da Suprema Corte brasileira (autos nº 11275381 – pag. 35).
Na sentença proferida em 12 de junho de 2018, o MM. Juiz Federal da 10ª Vara Federal do

Distrito Federal julgou improcedente a ação penal para absolver o autor Delcídio, da acusação da prática dos crimes previstos no art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013 (embaraço a investigação de infração penal que envolva organização criminosa); no art. 355 do Código Penal (Patrocínio infiel) e no art. 357 do Código Penal (Exploração de prestígio). Na avaliação do julgador, não constituíram os fatos as infrações penais referidas (art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal).

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, aplicável ao Código de Ética e Decoro Parlamentar de que trata a Resolução nº 20/1993 do Senado Federal (art. 26-B), prevê no art. 65 que os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício*, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada*.

Parece-me que é o caso noticiado pelo autor, porquanto a sentença penal absolutória, com o matiz do art. 386, III, ainda que pendente de recurso, não deixa de ser *relevante e suscetível de justificar a inadequação da sanção aplicada*.

Com efeito, na época do processo ético circulavam sérias denúncias desfavoráveis ao autor da presente ação; hoje o acusado oferece a aludida sentença penal declarando que não ocorreu a obstrução de justiça que fundamentou o processo ético, devendo ser ressaltado que o próprio órgão acusador pugnou pela absolvição quanto à imputação de exploração de prestígio, sendo absolvido, ademais, da imputação de patrocínio infiel.

Penso, por conseguinte, que a probabilidade do acolhimento da revisão pedida pelo autor ao Egrégio Conselho de Ética do Senado Federal é bastante acentuada.

Por outro lado, em julgado recente citado pelo autor, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (caso Demostenes Torres) reafirmou, com base na independência entre as instâncias, a legitimidade da instauração do processo pelo Senado Federal antes de finalizado o processo penal em que apurados os mesmos fatos (Reclamação nº 29.870 – GO, Rel. Min. Dias Toffoli, 17.4.2018). Por conseguinte, entendeu-se que a decisão política decorrente da atribuição censória exercida pelo Senado Federal exauriu seus efeitos com a publicação da Resolução nº 20/12, o que inviabilizou a pretensão do Reclamante de ser reconduzido ao cargo de senador da República no mandato para o qual fora eleito nas Eleições de 2010.

Reiterou-se, assim, o entendimento segundo o qual além de ato político, a cassação de mandato parlamentar é "interna corporis", cuja apreciação é reservada exclusivamente ao Plenário da Câmara, não podendo o judiciário substituir a deliberação da Casa por um pronunciamento judicial sobre assunto que seja da (exclusiva competência discricionária do Poder Legislativo STJ - ROMS – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 18959 2004.01.31772-6, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA: 10/10/2005 PG: 00269).

Não obstante, por maioria, aquela Turma do STF decidiu pela possibilidade de o Judiciário sindicar os efeitos da perda do mandato com a superveniência, naquele caso, de decisão judicial reconhecendo a ilicitude das provas que deram respaldo ao processo ético.

Aqui, embora não tenha o MM. Juiz da 10ª. Vara Federal do Distrito Federal, reconhecido que as provas foram ilícitas, limitando-se a cogitar pela possibilidade dessa ocorrência, entendeu que os fatos alinhados na denúncia não configuraram a alegada obstrução da justiça, tampouco exploração de prestígio e patrocínio infiel.

Logo, também é possível às instâncias ordinárias apreciar pedidos visando escoimar os efeitos da decisão do Legislativo, (inelegibilidade) tomada em processo ético, se presente, como é o caso, decisão da Justiça Criminal reconhecendo que os propalados fatos praticados pelo parlamentar não configuraram o crime de que tratou a acusação ética.

Diante do exposto, presente a urgência, consubstanciada no calendário eleitoral prevendo datas inadiáveis para o alistamento e a verossimilhança, representada pela inelegibilidade, concedo a tutela de urgência com o fim de suspender os efeitos da Resolução nº 21/2016, do

Senado Federal, no tocante à inelegibilidade de que trata o art. 1º, I, "b", da LC 64/90.
Intimem-se. Cite-se, nos termos do art. 306, CPC.
Campo Grande, MS, 4 de outubro de 2018.
PEDRO PEREIRA DOS SANTOS
JUIZ FEDERAL

Refere-se, de saída, a legitimidade do Ministério Público Federal, diante da presença de interesse público primário na hipótese.

Aduz-se "a incompetência absoluta do Juízo *a quo* para conceder a medida cautelar *sub judice*, porquanto o ato impugnado foi editado por órgão político sujeito, na via do mandado de segurança, à competência originária do Supremo Tribunal Federal".

Alega-se, ainda, a ausência de fumus boni iuris no caso de fundo, além do fato de que "fica evidente que o demandante criou, de modo artificial, a situação de urgência", já que "poderia ter ajuizado a medida cautelar há cerca de três meses. Preferiu, porém, fazê-lo às vésperas do dia da eleição, forçando a tomada de decisão judicial de afogadilho".

Sustenta-se a "necessidade de suspensão da segurança como garantia da ordem pública", porquanto "a decisão ora impugnada interfere indevidamente nas eleições gerais no Estado de Mato Grosso do Sul, às vésperas do pleito eleitoral, causando grave lesão à ordem pública, em direta afronta às regras do jogo democrático estabelecidas".

Também, que, "por se tratar de inelegibilidade infraconstitucional, caso mantidos os efeitos da decisão ora impugnada e, assim, o demandante permaneça com o atual status de elegível até o dia do pleito (em 7 de outubro de 2018), eventual restabelecimento da integral eficácia da Resolução n. 21/2016 em momento ulterior àquela data será absolutamente inócuo", pois "uma vez transcorrido o prazo para o ajuizamento das ações de impugnação, previsto no citado art. 3º da Lei Complementar n. 64/90, somente poderão ser arguidas as inelegibilidades constitucionais ou aquelas que, apesar da natureza infraconstitucional, sejam supervenientes ao momento do registro de candidatura, como se extrai do art. 262 do Código Eleitoral e do entendimento pacífico do Tribunal Superior Eleitoral".

Mais, que, "por remontar a causa de inelegibilidade em apreço ao ano de 2016, em que houve a cassação do mandato parlamentar, não será possível arguir a inelegibilidade do demandante, caso a decisão do Juízo *a quo* não tenha, ao menos, a sua eficácia suprimida antes do dia da eleição", isso porque, "atualmente, a impugnação do registro de candidatura do demandante encontra-se pendente de julgamento perante o TRE/MS (Autos n. 0601484-32.2018.6.12.0000), a qual deve ser julgada antes da realização do pleito eleitoral".

Ainda, que "a suspensão dos efeitos do decisum objurgado, nos termos ora pleiteados, em nada prejudicará o demandante (o que revela, inclusive, a ausência de perigo da demora que justificasse a medida cautelar concedida pelo Juízo *a quo* e, concomitantemente, a existência de *periculum in mora* inverso prejudicial ao interesse público). Afinal, ainda que seu registro venha a ser indeferido pelo TRE/MS, o demandante já figura como candidato nas urnas eletrônicas e terá essa condição assegurada até derradeira deliberação do Tribunal Superior Eleitoral, em face do disposto no art. 16-A da Lei n. 9.507/97".

Conclui-se que, "além de se mostrar imprescindível ao resguardo da ordem pública, da lisura do processo eleitoral e democrático, bem como da estabilidade dos Poderes da República (a qual é continuamente agredida na medida em que a decisão impugnada mantém-se eficaz), a suspensão da segurança ora pleiteada não obstará, por ora, a participação do demandante no pleito eleitoral, razão pela qual deve haver o seu deferimento".

Argumentos postos, requer-se, "com urgência, a suspensão dos efeitos da medida cautelar concedida pelo Juízo *a quo*, a fim de se restabelecer a eficácia plena da Resolução n. 21/2016 do Senado Federal e, por conseguinte, a inelegibilidade de DELCÍDIO DO AMARAL GOMEZ".

Brevemente relatados os fatos, segue decisão.

A suspensão da eficácia de provimentos jurisdicionais por ato da Presidência do respectivo Tribunal é "prerrogativa legalmente disponibilizada ao Poder Público, dentre outros legitimados, em defesa do interesse público, toda vez que se vislumbre, concretamente, perigo de grave lesão aos valores atinentes à ordem, à economia, a saúde ou à segurança públicas", objetivando "a suspensão da eficácia das liminares e das sentenças proferidas contra entidades públicas e privadas que desempenham de alguma forma função pública" (Elton Venturi, Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público, Malheiros, 3ª ed., 2017, p. 35).

Trata-se de regime jurídico constituído a partir da subsistência de dispositivos legais que regulam as distintas situações nas quais o manejo do pedido de suspensão mostra-se cabível, sendo adequada a menção, a esse respeito, ao que dispõem os artigos 15, da Lei nº 12.016/09, 25, da Lei nº 8.038/1990, 4º, da Lei nº 8.437/1992, 12, da Lei nº 7.347/1985, 1º, da Lei nº 9.494/1997, e 16, da Lei nº 9.507/1997 – respectivamente aplicáveis ao mandado de segurança, em primeiro e segundo grau de jurisdição, às medidas cautelares contra o Poder Público, à ação civil pública, à tutela antecipada contra a Fazenda Pública e ao habeas data:

> 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.
> § 1º. Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o *caput* deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.
> § 2º. É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 1o deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.
> § 3º. A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.
> § 4º. O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.
> § 5º. As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

> Art. 25 - Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.
> § 1º - O Presidente pode ouvir o impetrante, em cinco dias, e o Procurador-Geral quando não for o requerente, em igual prazo.
> § 2º - Do despacho que conceder a suspensão caberá agravo regimental.
> § 3º - A suspensão de segurança vigorará enquanto pender o recurso, ficando sem efeito, se a decisão concessiva for mantida pelo Superior Tribunal de Justiça ou transitar em julgado.

Art. 4º. Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.
§ 1º. Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.
§ 2º. O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 3º. Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 4º. Se do julgamento do agravo de que trata o § 3o resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 5º. É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4o, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 6º. A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 7º. O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 8º. As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 9º. A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.
§ 1º. A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.
§ 2º. A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

Art. 16. Quando o habeas data for concedido e o Presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do recurso ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo para o Tribunal a que presida.

Sob a ótica da doutrina moderna, sem que se cogite existir "tratamento distinto dos regimes de suspensão dos provimentos das ações de mandado de segurança e das demais ações movidas contra o Poder Público", vislumbra-se "indiscutível uniformidade procedimental quanto aos pedidos de suspensão de provimentos contrários ao interesse público", "compreendida a existência de um verdadeiro microssistema legal que rege os pedidos de suspensão", ausente "sentido em continuar a buscar distinção das hipóteses de cabimento a partir do tipo de processo em que incidem os pedidos, ou mesmo a partir da espécie de decisão cuja eficácia se deseja sustar" (Elton Venturi, Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público, Malheiros, 3ª ed., 2017, pp. 35 e 373).

Nesse âmbito, exsurge comum às modalidades sob análise, consoante jurisprudência de há muito consolidada neste sentido, a constatação de que "o pedido de suspensão não possui natureza de recurso, ou seja, não propicia a devolução do conhecimento da matéria para eventual reforma", tratando-se, assim, de "um instrumento processual de cunho eminentemente cautelar, que tem por finalidade a obtenção de providência absolutamente drástica, excepcional e provisória", "restringindo-se à comprovação de seus pressupostos e sem adentrar no efetivo exame do mérito da causa principal, cuja competência cabe tão-somente às instâncias ordinárias" (STJ, Corte Especial, AgRg na SLS 201/MA, rel. Ministro Edson Vidigal, 10.4.2006).

Nos presentes autos, cinge-se a controvérsia à análise se presentes os motivos ensejadores da suspensão de eficácia de decisão jurisdicional na hipótese em que se defere, em primeiro grau de jurisdição, pela via da tutela provisória cautelar antecedente, a suspensão dos efeitos de Resolução do Senado Federal em que determinada a inelegibilidade de concorrente ao Senado da República.

Em síntese, e nos termos do relatado acima, Delcídio do Amaral Gomez ajuizou ação judicial, distribuída ao juízo da 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Campo Grande, na qual relata que, no mês de julho de 2018, foi absolvido na ação penal nº 0042543-76.2016.4.01.3400, em trâmite na 10ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Por esse motivo, o autor ingressou com pedido de revisão da Resolução nº 21/2016 o qual, até o momento, não foi apreciado.

Ocorre que o requerente se registrou candidato ao Senado Federal nas presentes eleições e, por isso, argumenta que a manutenção dos efeitos do ato normativo cuja suspensão pleiteou lhe acarreta consequências deletérias à sua capacidade eleitoral passiva – motivo pelo pleiteou, na ação originária, a suspensão dos efeitos da mencionada Resolução nº 21/2016, pedido acatado pelo juízo *a quo*, que concedeu "tutela de urgência com o fim de suspender os efeitos da Resolução nº 21/2016, do Senado Federal, no tocante à inelegibilidade de que trata o art. 1º, I, 'b', da LC 64/90".

Daí o presente pedido de suspensão de liminar, apresentado pelo Ministério Público Federal e no qual se requer, em síntese, a suspensão dos efeitos da tutela de urgência originariamente deferida.

Como dito, a medida da suspensão de liminar não se destina propriamente à discussão da higidez jurídica do decidido em primeiro grau de jurisdição, mas à aferição do alcance fático de seus efeitos, detectando-se se há hipótese de afetação substantiva dos bens jurídicos legislativamente tutelados pelo presente instrumento processual.

No caso concreto, quanto a referidos efeitos, detecta-se que o decidido pela 4ª Vara Federal de Campo Grande tem significativo impacto em ato emanado de outro Poder, qual seja, o Legislativo, que, dentro da competência que lhe é constitucionalmente atribuída (art. 55, II, da CF/88), decidiu por decretar a perda do mandato do então Senador Delcídio Amaral,

fazendo-o de modo a torná-lo inelegível.

Quanto ao ponto, cabe mencionar que a Constituição Federal estruturou – por meio de suas regras de competência – formas de composição de conflitos entre os seus poderes, de modo a privilegiar a independência e a harmonia que lhe são próprios, evitando-se, a todo o custo, os efeitos institucionais que eventuais intromissões mútuas possam ensejar.

Isso fica claro nas competências atribuídas ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, que concentra em si a atribuição para a análise de questionamentos feitos a atos emanados dos órgãos de cúpula dos outros poderes – a exemplo da Câmara dos Deputados e o Senado Federal, no Poder Legislativo; e a Presidência da República, no que diz respeito ao Poder Executivo:

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
> I - processar e julgar, originariamente:
> [...]
> d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; *o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal* (g. n.).

Aqui não se trazendo à discussão propriamente se o juízo *a quo* tem ou não competência para suspender os efeitos de ato advindo do Senado Federal, o fato é que a própria Constituição Federal estabeleceu formas de composição entre os Poderes justamente com o objetivo de que os efeitos da disseminação de conflitos porventura existentes entre diferentes instâncias da atuação jurisdicional se traduza em uma crise institucional entre o Judiciário e tanto o Legislativo, quanto o Executivo.

É exatamente por isso que a legislação ordinária revestiu o deferimento de medida liminar contra o Poder Público de certos resguardos, que impedem o escape de referida regra de competência, como é o caso do disposto no artigo 1º, § 1º, da Lei nº 8.437/1992 – mencionado, inclusive, na inicial do MPF:

> Art. 1º. Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. (Vide Lei nº 9.494, de 10/9/1997)
> § 1º. Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado segurança, à competência originária de tribunal.

Cabe mencionar, a esse respeito, que referido papel do dispositivo foi expressamente confirmado pelo Supremo Tribunal Federal, que, à época, discutiu sua aplicabilidade justamente no âmbito de procedimento de primeiro grau que envolvesse parte mencionada no art. 102, I, d, da CF/88:

> Assim, quando contestados por mandado de segurança – ação de procedimento especialíssimo, dirigido contra a própria autoridade que editou o ato atacado, que nela comparecerá diretamente – a competência é atribuída a um órgão jurisdicional de nível superior. Assim, por exemplo, mandados de segurança contra atos do Presidente da República e do STF, serão da competência do STF (CF, art. 102, I, d); contra atos de Ministros de Estado ou do STJ, serão

> da competência do STJ (CF, art. 105, I, b) e assim por diante. Todavia, quando esses mesmos atos são contestados por outra via procedimental, a demanda será da competência do juízo de primeiro grau, nela figurando como parte demandada, não a autoridade que editou o ato atacado, mas a pessoa jurídica de direito público a que integra.
> Pois bem, nesses casos, o próprio legislador, certamente preocupado com eventuais excessos ilegítimos, cercou o procedimento comum com diversas medidas de garantia. Assim, há expressa vedação legal a concessão de medidas provisórias, cautelares ou antecipatórias, em ações dessa natureza. É o que estabelece o § 1º do art. 2º da Lei 8.437, de 30.06.92 ("Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências") , a saber:
> § 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.
> Da mesma forma, a sentença de primeiro grau, em certos casos, não terá exequibilidade imediata, ficando submetida a reexame necessário e a recurso de apelação, ambos com efeito suspensivo (art. 3º da Lei 8.347/92). Ademais, tanto a sentença, quanto a liminar, podem ter sua execução suspensa por ato da presidência do tribunal nas situações indicadas no art. 4º e seu § 1º da mesma Lei 8.347/92, a saber [...].
> (STF, Segunda Turma, ACO nº 2.350, rel. Min. Teori Zavascki, 19.8.2014).

No caso concreto, o que se tem é situação na qual o juízo de primeiro grau, em medida liminar – *in casu*, tutela provisória de urgência antecedente – entendeu por bem suspender os efeitos de Resolução proveniente do Senado Federal, cuja eficácia se balizou justamente na competência constitucionalmente atribuída ao órgão para decidir quanto à perda do mandato de seus membros, a qual, inclusive, o próprio autor originário reconhece, porque lá protocolou o pleito de revisão da Resolução atacada:

> Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:
> I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;
> II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;
> III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;
> IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;
> V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;
> VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.
> § 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.
> § 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013)
> § 3º - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.
> § 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 6, de 1994)

Na prática, isso significa que a decisão atacada se traduziu na criação de um tensionamento entre os Poderes da República, imiscuindo-se o Judiciário – por seu mais inicial

grau de competência, ressalte-se – em questão afeta ao Poder Legislativo, gerando efeitos ao procedimento eleitoral, capazes de impactar significativamente na ordem pública – bem legislativamente tutelado pela presente medida.

Isso porque a decisão ora atacada, ao afastar os efeitos relativos à inelegibilidade decorrentes da Resolução, por primeiro, tolheu a eficácia de ato editado pelo Senado Federal, de modo a reinvestir o autor com sua capacidade eleitoral passiva para concorrer em pleito eleitoral à vaga que anteriormente ocupava no Poder Legislativo.

Precisamente por isso, a questão ali não se limita à esfera particular do requerente, mas impacta em eleição que, a ser realizada no próximo domingo, escolherá os novos representantes do Estado do Mato Grosso do Sul para o Senado Federal.

A questão da elegibilidade, nesse sentido, desborda da esfera de direitos do requerente, vindo a impactar na forma como as pessoas escolherão o seu representante para os próximos oito anos no Poder Legislativo, porque, como expõe o Ministério Público Federal, a suspensão de efeito da Resolução do Senado pode ensejar o deferimento de seu registro no Tribunal Regional Eleitoral local e, por força do artigo 262 do Código Eleitoral, a impossibilidade de que a questão seja supervenientemente arguida. Com isso, a decisão atacada vem acarretar mudança no quadro de candidatos aptos a concorrer ao Senado Federal no Estado, o que, por óbvio, impacta nos efeitos da escolha a ser feita no próximo domingo.

Impacto que, importante que se diga, exsurge significativo em específico à vista daquilo que o embasa, a saber – e nos exatos termos do decidido pelo juízo *a quo* –, as circunstâncias de que, *primeiro*, a tutela provisória de urgência foi deferida em sede antecedente, ou seja, sequer havia propriamente um início de tramitação processual no momento em que deferida, ausentes, ao que tudo indica, elementos mínimos para a determinação; *segundo*, o fato de que ela se baseia em decisão proferida pelo juízo da 10ª Vara Federal Criminal do Distrito Federal que sequer definitiva é, pendente, como informa o MPF, de análise em segunda instância, tudo a indicar um longo trâmite processual até o seu trânsito em julgado; e, *terceiro*, a dissociação entre o precedente citado – a Reclamação nº 29.870, do STF, em que discutidos os efeitos de inelegibilidade após o reconhecimento da nulidade de provas – e o caso dos autos, em que a sentença absolutória se fundamentou no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, hipótese completamente diversa da firmada no caso utilizado como paradigma.

Tudo isso, em acréscimo à compreensão manifestada pela Procuradoria da República no Estado do Mato Grosso do Sul, ao "destacar que a intromissão do órgão jurisdicional *a quo* em questão interna corporis e afeta ao exercício de competência política e exclusiva do Senado Federal sustenta-se exclusivamente em sua suposição de que aquele órgão legislativo suprimirá a Resolução n. 21/2016 tão somente em face do que foi consignado por órgão singular da Justiça Federal no Distrito Federal cuja decisão já foi impugnada em via recursal", raciocínio que, também conforme alegado, "em hipótese alguma, pode ser utilizado como fundamento para a prolação de decisão judicial com impacto no atual pleito eleitoral dessa expressividade e, ademais, no Princípio da Separação dos Poderes".

Argumentos postos e presente elevado risco de afetação à ordem pública, sobretudo ante a possibilidade de crise institucional entre os poderes, afetação de pleito eleitoral que se avizinha, bem como ante a provisoriedade tanto do *decisum a quo*, quanto dos fundamentos que ele mobilizou, ausente, de resto, prejuízo algum à candidatura, cediço que o concorrente à vaga no Senado "já figura como candidato nas urnas eletrônicas e terá essa condição assegurada até derradeira deliberação do Tribunal Superior Eleitoral", igualmente consoante afirmado pelo Ministério Público Federal, é o caso de se deferir a suspensão da decisão atacada.

Oportuno registrar apenas, tendo-se em conta a extensão do pleito aqui formulado, almejando que a suspensão perdure "até o trânsito em julgado da decisão de mérito", a pertinência do parcial acolhimento do pedido em tela, para que persista a sustação apenas até a análise, no mérito, por Turma julgadora no âmbito deste Tribunal, da questão subjacente a esta suspensão, momento em que, em razão da substitutividade recursal (art. 1.008, CPC), resta esvaziada a competência desta Presidência para conhecer de eventual pleito de teor semelhante – se a decisão paradigma não mais é de primeiro grau de jurisdição, mas advém desta própria Corte Federal, caberia ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal conhecer de eventual renovação do pleito suspensivo.

Ante o exposto, *defiro* o pedido inicial, fazendo-o para determinar, até que sobrevenha a análise da questão, no mérito recursal, por órgão julgador deste Tribunal Regional Federal, a suspensão da decisão que, proferida pelo juízo da 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Campo Grande nos autos de reg. nº 5007946-28.2018.4.03.6000, determinou a suspensão parcial dos efeitos da Resolução nº 21/2016, do Senado Federal.

Comuniquem-se, com urgência, o Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso do Sul, o Relator do Agravo de Instrumento nº 5024899-25.2018.4.03.0000 e o juízo da 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Campo Grande.

Intimem-se.

Publique-se.

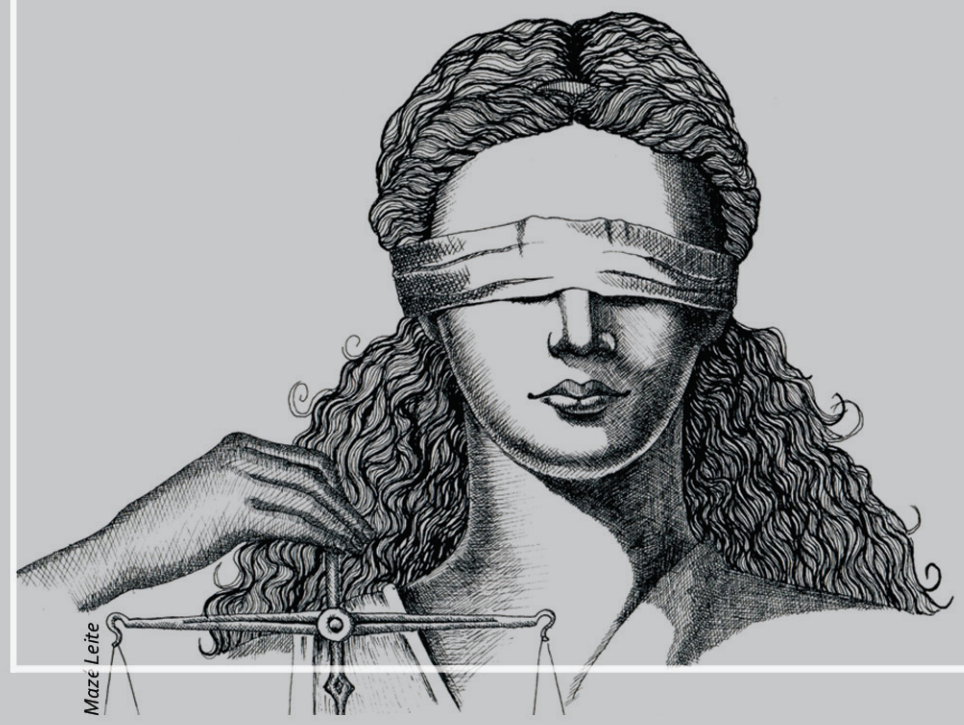
Após, ao Ministério Público Federal.

Decorrido o prazo legal sem a interposição de recursos, arquive-se.

São Paulo, 5 de outubro de 2018.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Presidente

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0011215-88.2003.4.03.6000
(2003.60.00.011215-0)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelado: GILBERTO DE ANDRADE
Interessada: CLÁUDIA PATRÍCIA GONÇALVES
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator Originário: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO
Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: Ap. 68706
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/10/2018

EMENTA

PROCESSO PENAL. ARMAMENTO APREENDIDO. RESTITUIÇÃO PARA ENTREGA ESPONTÂNEA E RECEBIMENTO DE INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ENCAMINHAMENTO AO COMANDO DO EXÉRCIO. DESTINAÇÃO LEGAL. PROPRIEDADE DUVIDOSA. APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO PROVIDA.
1. Os apelados pleitearam a restituição das armas apreendidas, uma vez que foram denunciados pela posse ilegal, mas não condenados, visto ter sido proferida sentença extintiva da punibilidade, com fundamento no art. 107, III, do Código Penal (*abolitio criminis*), a fim de que possam entregar as armas à Polícia Federal e receber a indenização prevista no art. 32 do Estatuto do Desarmamento.
2. O Superior Tribunal de Justiça, em recurso representativo da controvérsia, explicitou que a entrega espontânea da arma de fogo, conforme redação do art. 32 da Lei n. 10.826/03, dada pela Lei n. 11.706/08, constitui causa permanente de exclusão da punibilidade e não *abolitio criminis*, que se verificou, de modo temporário, nos termos do art. 30 da mesma lei (STJ, REsp n. 1.311.408, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 13.03.13).
3. Note-se que, a despeito de haver vigorado a *abolitio criminis* temporária, a posse de arma de fogo é conduta típica (arts. 12 e 16 do Estatuto do Desarmamento). Inviável, portanto, a restituição pretendida.
4. Não se cogita de entrega espontânea do armamento pelos apelados, visto já ter sido apreendido, mostrando-se adequado seu encaminhamento ao Comando do Exército (Lei n. 10.826/03, art. 25), consoante propugnado pelo Ministério Público Federal.
5. Outrossim, a propriedade do armamento é duvidosa, não restando preenchidos os requisitos do art. 119 e seguintes do Código de Processo Penal.
6. Apelação da acusação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento à apelação do Ministério Público Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo arte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de setembro de 2018.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator para o Acórdão.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Trata-se de *apelação criminal* interposta pelo *Ministério Público Federal* (fls. 1.024/1.027) em face da sentença de fl. 1.017 que deferiu parcialmente o pedido, autorizando a restituição das armas apreendidas na posse dos requerentes, desde que não sejam comprovadamente de propriedade de terceiros, mas que a restituição englobe as armas sem propriedade conhecida (mas que estavam na posse dos requerentes ao tempo de apreensão) e as armas de propriedade dos requerentes, a qual deverá ser comprovada documentalmente e, formalizada a transferência da posse indireta do armamento para os requerentes Gilberto e Cláudia, passarão a ter direito, como possuidores do material bélico, a pleitear a indenização de que trata o artigo 32 da Lei nº 10.826/2003; bem como, ultimadas as providências, será deliberado a respeito da destinação das armas que não tenham sido objeto de restituição (armas de propriedade de terceiros).

Em suas razões, o *Parquet* Federal sustenta que a legislação desarmamentista consigna que as armas apreendidas somente podem ser devolvidas a quem comprove a sua propriedade, mediante registro válido e autorização de posse ou porte. Assim, seria inviável que a justiça devolva armas irregulares apreendidas para que o denunciado as entregue à Polícia Federal para recebimento de indenização. Armas alheiras à Lei nº 10.826/03 são bens ilícitos, devendo ser entregues ao comando do Exército, como determina o artigo 25 na referida lei. Finaliza por dizer que os artigos 119 e 123 do CPP preveem que as coisas apreendidas somente podem ser restituídas se pertencerem ao lesado ou terceiro de boa fé e, os objetos apreendidos que não pertencerem ao réu serão vendidos em leilão ou depositados à disposição do juízo de ausentes. No caso, como os bens apreendidos não pertencem ao denunciado, conforme ele afirma há 12 anos, apenas teria a detenção na forma do artigo 1.198 do Código Civil, não lhe gerando o direito de devolver voluntariamente à autoridade policial as armas com o intuito de usufruir da indenização.

Com contrarrazões (fls. 1.050/1.055), os autos vieram a esta Corte.

A i. Procuradoria Regional da República opinou (fls. 1.06/1.061) pelo provimento do recurso porque as armas apreendidas ocorreu no bojo desta ação criminal, onde se verificou que os apelados não possuem a propriedade/posse delas, mas sim a mera detenção, somente sendo possível a restituição quando o reclamante comprova o seu direito sobre o bem, não havendo dúvida sobre a propriedade.

É o relatório.

Dispensada a revisão, a teor do artigo 34 do Regimento Interno.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

O apelo merece parcial provimento.

A restituição de coisas apreendidas somente pode ser deferida quando não mais interessarem ao processo, a teor do artigo 118 do Código de Processo Penal.

Segundo consta dos autos, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Gilberto de Andrade e Cláudia Patrícia Gonçalves pleiteando a condenação como incursos nas

penas do artigo 334, §1º, alínea "c" do Código Penal e artigo 10, §§1º e2º da Lei nº 9.437/97.

Consta dos autos que em 10/10/2003, por volta das 10h, uma equipe de Policiais Federais deslocou-se até os estabelecimentos comerciais denominados Central Armas Claudia Patrícia Gonçalves - ME e Chaveiros Estrela Ltda., ambos localizados na Rua 13 de Maio, nº 3095, nesta Capital, com o fito de dar cumprimento ao mandado de busca e apreensão nº 008/2003-sc04, expedido pelo MM. Juízo da 4ª Vara Federal de Campo Grande/MS, local onde lograram encontrar diversas armas de fogo sem os respectivos documentos de registro e porte legais, e munições de origem estrangeira desacompanhadas dos documentos fiscais pertinentes (auto de apresentação e apreensão), o que culminou com a prisão em flagrante do denunciado Gilberto de Andrade.

Após longo tramitação processual, adveio a declaração de extinção da punibilidade dos réus Gilberto de Andrade e Cláudia Patrícia Gonçalves em relação à imputação prevista no artigo 10, §§1º e 2º, da Lei nº 9.437/97, na forma do artigo 61 do CPP, e fundamento no artigo 107, inciso III, do Código Penal.

Com relação ao crime previsto no artigo 334, §1º, letra "c" do Código Penal, os corréus foram beneficiados com a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Foi, em face da acusada Cláudia Patrícia Andrade, declarada a extinção da punibilidade com fundamento no artigo 89, §5º da Lei nº 9.099/95. Entretanto, em relação ao réu Gilberto Andrade, foi revogado o benefício da suspensão condicional do processo concedido, nos termos do artigo 3º, do artigo 89 da Lei nº 9.099/95.

Logo em seguida, adveio a sentença absolutória do réu Gilberto de Andrade da acusação de violação ao artigo 334, §1º, alínea "c" do Código Penal, com fundamento no art. 386, inciso VII do Código de Processo Penal, a qual transitou em julgado para a acusação em 29/09/2014 e 06/10/2014 para a defesa (fl. 978).

Após o trânsito, os corréus, ora requerentes-apelados, apresentaram pedido de "restituição das armas de fogo cuja posse ilegal foi denunciado (mas não condenado) para que as mesmas sejam entregues pelo mesmo à Polícia Federal e possa obter indenização legalmente prevista." (fls. 985/988), com fundamento na aplicação retroativa dos artigo 30 e 32 da Lei nº 10.826/03.

O Ministério Público Federal "manifesta-se contrário ao pedido de restituição dos bens ilícitos e requer a entrega dos materiais relacionados às fls. 1000/1003 ao Comando do Exército, com exceção do item 132 (talonário de orçamento), que deverá ser entregue ao denunciado, caso lhe interesse, ou destruído." (fl. 1.008vº).

Proferiu, o MM. Juízo *a quo*, decisão (fl. 1.017) deferindo parcialmente o pedido e autorizando a restituição das armas apreendidas na posse dos requerentes, desde que não sejam comprovadamente de propriedade de terceiros.

Apela o MPF pugnando a reforma da decisão a fim de que a restituição das armas apreendidas e relacionadas às fls. 1001/1005, bem como a entrega desses bens se dê ao Comando do Exército, excetuando-se o item 132 (talonário de orçamento), o qual deverá ser entregue ao denunciado, caso lhe interesse, ou destruído porque as armas não pertencem aos denunciados, como o réu Gilberto de Andrade falou e foi fundamento da sua absolvição, não tendo eles a posse, mas mera detenção.

Pois bem.

O Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003) assim disci-

plinou, no artigo 25, *caput*, acerca da apreensão das armas de fogo:

> Art. 25. As armas de fogo apreendidas, após a elaboração do laudo pericial e sua juntada aos autos, quando não mais interessarem à persecução penal serão encaminhadas pelo juiz competente ao Comando do Exército, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas, para destruição ou doação aos órgãos de segurança pública ou às Forças Armadas, na forma do regulamento desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.706, de 2008).

Quanto ao direito à indenização, prevê o seguinte, no artigo 32:

> Art. 32. Os possuidores e proprietários de arma de fogo poderão entregá-la, espontaneamente, mediante recibo, e, presumindo-se de boa-fé, serão indenizados, na forma do regulamento, ficando extinta a punibilidade de eventual posse irregular da referida arma. (Redação dada pela Lei nº 11.706, de 2008).

A r. sentença (fl. 1.017), de início, atendeu ao pleito esgrimido na presente apelação, ao determinar que somente fossem entregues aos apelados apenas (i) as armas sobre as quais eles comprovem a posse e, (ii) desde que não sejam comprovadamente de propriedade de terceiros.

Contudo, mais adiante, consigna que essa "... restituição englobará as armas sem propriedade conhecida (mas que estavam na posse dos requerentes ao tempo de apreensão) e as armas de propriedade dos requerentes, a qual deverá ser comprovada documentalmente..."

Com razão o MPF.

O Estatuto do Desarmamento é claro ao mencionar, como visto acima, na transcrição do artigo 25, que as armas de fogo apreendidas, após a elaboração do laudo pericial e sua juntada aos autos, quando não mais interessarem à persecução penal, serão encaminhadas pelo juiz competente ao Comando do Exército para destruição ou doação aos órgãos de segurança pública ou às Forças Armadas.

Tem-se dos autos que foi apreendida *grande quantidade de armas de fogo* na Central Armas e na Loja Chaveiro Estrela, conforme consta do Auto de Apresentação e Apreensão elaborado em *13 (treze) laudas* (fls. 50/62).

Dessa quantidade, *foram liberadas aos verdadeiros donos* inúmeras armas de fogo (fls. 162/163, 176/177, 192/193, 204/205, 269/270, 309/312 e fl. 382).

Restam em depósito 102 (cento e duas) armas de fogo e outra quantidade de equipamentos, conforme Decisão de fl. 1.001 e Relação de fls. 1.002/1.005.

A r. Decisão está assim redigida (fl. 1.017):

> Assim, defiro parcialmente o pedido e autorizo a restituição das armas apreendidas na posse dos requerentes, desde que não sejam comprovadamente de propriedade de terceiros. Ou seja, a restituição englobará as armas sem propriedade conhecida (mas que estavam na posse dos requerentes ao tempo de apreensão) e as armas de propriedade dos requerentes, a qual deverá ser comprovada documentalmente.
> (...)
> Tendo em conta o desinteresse dos requerentes nas munições apreendidas (f. 1013), determino seu encaminhamento ao Comando do Exército, para destruição ou doação aos órgãos de segurança pública ou às Forças Armadas, nos termos do artigo 25 do Estatuto do Desarmamento.
> 3. Operacionalização da restituição. Finalmente, considerando o declarado propósito de entrega do armamento à Polícia Federal, por um lado, e o fato de que o trânsito das armas

> sem a competente guia de trânsito pode configurar o crime de porte ilegal de arma de fogo (não alcançado pela abolitio), por outro, determino que a entrega seja procedida da seguinte forma:(i) encaminhamento das armas à Superintendência da Polícia Federal em Mato Grosso do Sul, via Justiça Federal, mediante retirada em cartório do material bélico por policial(ais) daquela unidade de polícia;(ii) uma vez entregues as armas à responsabilidade da Polícia Federal, confecção de documento, pela Secretaria da Vara, formalizando a transferência da posse indireta do armamento para os requerentes Gilberto e Cláudia, os quais passarão a ter direito, como possuidores do material bélico, a pleitear a indenização de que trata o artigo 32 da Lei nº 10.826/2003.
> Ultimadas as providências, venham conclusos para deliberação a respeito da destinação das armas que não tenham sido objeto de restituição (armas de propriedade de terceiros).
> Intimem-se as partes acerca desta decisão, assim como para que evitem empregar expressões e termos inadequados nos autos.

Diante desses fatos, da redação do artigo 25 do Estatuto do Desarmamento que prevê o perdimento dos bens, bem assim da redação do artigo 32 da citada lei que prevê que somente *os possuidores* e *proprietários* de arma de fogo poderão entregá-la, espontaneamente, é de se concluir que *a restituição não pode englobar as armas sem propriedade conhecida*.

Nada impede que os legítimos possuidores e/ou proprietários compareçam perante a Autoridade competente e façam, como vários outros possuidores/proprietários já o fizeram, e tiveram restituídas as armas, conforme mencionado acima, comprovando a posse ou propriedade para a restituição.

De fato, esse entendimento está consentâneo com a posição adotada perante o c. STJ:

> RECURSO ESPECIAL. PENAL. PERDIMENTO DE BENS. RESTITUIÇÃO DE AERONAVE UTILIZADA NO TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE PROVA DO DOMÍNIO DO AVIÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.
> As matérias que não foram alvo do indispensável prequestionamento nas instâncias ordinárias não merecem ser conhecidas.
> *A falta de demonstração cristalina da propriedade impede a restituição do bem.*
> Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.
> (REsp 647.579/MS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2005, DJ 17/10/2005, p. 334).

Em outro precedente, o mesmo eg. Tribunal firmou que apenas os possuidores podem demandar sobre as armas de fogo:

> PENAL. HABEAS CORPUS. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO E DE USO RESTRITO. PRAZO PARA A REGULARIZAÇÃO DA ARMA. ARTIGOS 30, 31 E 32, DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO.
> I - Não se pode confundir posse de arma de fogo com o porte de arma de fogo. Com o advento do Estatuto do Desarmamento, tais condutas restaram bem delineadas. A posse consiste em manter no interior de residência (ou dependência desta) ou no local de trabalho a arma de fogo. O porte, por sua vez, pressupõe que a arma de fogo esteja fora da residência ou local de trabalho (Precedentes).
> *II - Os prazos a que se referem os artigos 30, 31 e 32, da Lei nº 10.826/2003, só beneficiam os possuidores de arma de fogo, i.e., quem a possui em sua residência ou local de trabalho.* Ademais, cumpre asseverar que, no tocante a tais prazos, deve se atentar para o seguinte: o interstício se iniciou em 23/12/2003 e teve seu termo final prorrogado até 23/10/2005 (cf. medida provisória nº 253/2005 convertida na lei 11.191/2005), no tocante à posse irregular

de arma de fogo ou munição de uso permitido e restrito ou proibido. Esse termo final acabou estendido até 31 de dezembro de 2008, alcançando, na hipótese, todavia, somente os possuidores de arma de fogo de uso permitido (nos exatos termos do art. 1º da Medida Provisória nº 417, de 31 de janeiro de 2008, convertida na Lei 11.706, de 19 de junho de 2008, que conferiu nova redação aos arts. 30 e 32 da Lei 10.826/03). Tal prazo foi novamente prorrogado até 31 de dezembro de 2009 pela Lei nº 11.922/2009.
IV - *In casu*, a denúncia atribui aos pacientes a conduta de possuir, no interior de imóvel, arma de fogo e munição de uso permitido e de munições de uso restrito.
V- A conduta de possuir munições de uso restrito foi perpetrada em 18/09/2007, após o termo final a que se refere a Medida Provisória nº 253/2005 convertida na Lei 11.191/2005.
VI - "Esta Corte firmou o entendimento de ser atípica a conduta no concernente ao crime de posse irregular de arma de fogo, tanto de uso permitido (art. 12) quanto de uso restrito (art. 16), no período estabelecido nos arts. 30 e 32 da Lei 10.826/03, que permitiu a entrega das armas à Polícia Federal mediante indenização ou a sua regularização, de 23.12.03 até 23.10.05." (RHC 24983/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 09/03/2009).
VII - Lado outro, a conduta de possuir, no interior de imóvel, arma de fogo e munição, ambas de uso permitido, enquadra-se hipóteses excepcionais dos artigos 30, 31 e 32 do Estatuto do Desarmamento, devendo, pois, ser reconhecida sua atipicidade.
Ordem parcialmente concedida.
(HC 153.101/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 02/08/2010).

Portanto, a restituição das armas de fogo somente pode ser outorgada aos apelados caso apresentem comprovação da posse e/ou titularidade de cada uma delas.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* à apelação a fim de *afastar* da sentença a seguinte expressão: "Ou seja, a restituição englobará as armas sem propriedade conhecida (mas que estavam na posse dos requerentes ao tempo de apreensão)", mantendo-se, no mais, a r. sentença.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator para o Acórdão):

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra a sentença que deferiu parcialmente o pedido formulado para autorizar "a restituição das armas apreendidas na posse dos requerentes, desde que não sejam comprovadamente de propriedade de terceiros. Ou seja, a restituição englobará as armas sem propriedade conhecida (mas que estavam na posse dos requerentes ao tempo de apreensão) e as armas de propriedade dos requerentes, a qual deverá ser comprovada documentalmente" (fls. 1017/1017v.).

Apela o Ministério Público Federal para reforma da sentença "para o fim de indeferir a restituição das armas apreendidas e relacionadas às fls. 1000/1003 e determinar a entrega desses bens ao Comando do Exército, com exceção do item 132 (talonário de orçamento), que deverá ser entregue ao denunciado, caso lhe interesse, ou destruído" (fl. 1027/1027v.) (fls. 1024/1027v.).

A defesa apresentou contrarrazões (fls. 1050/1055).

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo provimento da apelação da acusação (fls. 1060/1061).

O Eminente Relator, Desembargador Federal Maurício Kato, votou no sentido de dar

"parcial provimento à apelação a fim de afastar da sentença a seguinte expressão: 'Ou seja, a restituição englobará as armas sem propriedade conhecida (mas que estavam na posse dos requerentes ao tempo de apreensão)', mantendo-se, no mais, a r. sentença".

Com a devida vênia, divirjo do Relator para dar integral provimento à apelação ministerial.

Os apelados Gilberto de Andrade e Claudia Patrícia Gonçalves pleitearam a restituição das armas apreendidas, uma vez que foram denunciados pela posse ilegal, mas não condenados, visto ter sido proferida sentença extintiva da punibilidade, com fundamento no art. 107, III, do Código Penal (abolitio criminis), a fim de que possam entregar as armas à Polícia Federal e receber a indenização prevista no art. 32 do Estatuto do Desarmamento (cfr. fls. 985/988 e 1020/1021).

De fato, o art. 32 da Lei n. 10.826/03 dispõe sobre a possibilidade de recebimento de indenização decorrente da entrega espontânea de arma de fogo, prevendo, inclusive, causa extintiva da punibilidade:

> Art. 32. Os possuidores e proprietários de arma de fogo poderão entregá-la, espontaneamente, mediante recibo, e, presumindo-se de boa-fé, serão indenizados, na forma do regulamento, ficando extinta a punibilidade de eventual posse irregular da referida arma. (Redação dada pela Lei nº 11.706, de 2008)

O Superior Tribunal de Justiça, em recurso representativo da controvérsia, explicitou que a entrega espontânea da arma de fogo, conforme redação do art. 32 da Lei n. 10.826/03, dada pela Lei n. 11.706/08, constitui causa permanente de exclusão da punibilidade e não *abolitio criminis*, que se verificou, de modo temporário, nos termos do art. 30 da mesma lei:

> RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. POSSE DE ARMA DE USO PERMITIDO COM NUMERAÇÃO RASPADA, SUPRIMIDA OU ADULTERADA. ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI N. 10.826/2003. CONDUTA PRATICADA APÓS 23/10/2005. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. INEXISTÊNCIA. EXCLUDENTE DE PUNIBILIDADE. DEVOLUÇÃO ESPONTÂNEA. NÃO CONFIGURAÇÃO.
> 1. É típica a conduta de possuir arma de fogo de uso permitido com com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado, praticada após 23/10/2005, pois, em relação a esse delito, a abolitio criminis temporária cessou nessa data, termo final da prorrogação dos prazos previstos na redação original dos arts. 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003.
> 2. A nova redação do art. 32 da Lei n. 10.826/2003, trazida pela Lei n. 11.706/2008, não mais suspendeu, temporariamente, a vigência da norma incriminadora ou instaurou uma *abolitio criminis* temporária - conforme operado pelo art. 30 da mesma lei -, mas instituiu uma causa permanente de exclusão da punibilidade, consistente na entrega espontânea da arma.
> 3. A causa extintiva da punibilidade, na hipótese legal, consiste em ato jurídico (entrega espontânea da arma), e tão somente se tiver havido a sua efetiva prática é que a excludente produzirá seus efeitos. Se isso não ocorreu, não é caso de aplicação da excludente.
> 4. Hipótese em que a prática delitiva perdurou até 22/9/2006.
> 5. Recurso especial improvido.
> (STJ, REsp n. 1.311.408, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 13.03.13)

Note-se que, a despeito de haver vigorado a *abolitio criminis* temporária, a posse de arma de fogo é conduta típica (arts. 12 e 16 do Estatuto do Desarmamento). Inviável, portanto, a restituição pretendida.

Ademais, não se cogita de entrega espontânea do armamento pelos apelados, visto já ter sido apreendido, mostrando-se adequado seu encaminhamento ao Comando do Exército (Lei n. 10.826/03, art. 25), consoante propugnado pelo Ministério Público Federal.

Outrossim, a propriedade do armamento é duvidosa, não restando preenchidos os requisitos do art. 119 e seguintes do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, parecer da Procuradoria Regional da República:

> A sentença recorrida deferiu a restituição dos bens apreendidos com fundamento no artigo 118 do Código de Processo Penal, desde que não sejam comprovadamente de propriedade de terceiros.
> Pois bem, deflui-se dos autos que as armas apreendidas se deu no bojo esta ação criminal (sic), onde se verificou que o apelante não possui a propriedade dos bens, mas sim a detenção dos mesmos.
> De acordo com o *parquet* federal às fls. 1.026 "indene de dúvidas que os bens apreendidos não pertencem ao denunciado, conforme o apelado vem sustentando há mais de 12 anos. O denunciado é de uma família de armeiros, que está no ramo há mais de sessenta anos. Foi ouvido às fls. 14/16, 481/484 e 930/931 dos autos e sempre sustentou que todas as armas e munições apreendidas não lhe pertenciam. Diz, conforme se observa, que eram de clientes, a maioria policiais, que lhe confiavam o material para conserto."
> Entretanto, verifica-se que GILBERTO DE ANDRADE sustentou, em seu pedido de restituição de bens apreendidos às fls. 995/997, que, em razão de sua absolvição da imputação que lhe foi feita (contrabando ou descaminho), as armas e munições deveriam lhe ser devolvidas.
> Contudo, não é este o entendimento que deve prevalecer. De acordo com os arts. 119 e 123 do CPP:
> "Art. 119. As coisas a que se referem os arts. 74 e 100 do Código Penal não poderão ser restituídas, mesmo depois de transitar em julgado a sentença final, salvo se pertencerem ao lesado ou a terceiro de boa-fé.
> Art. 123. Fora dos casos previstos nos artigos anteriores, se dentro no prazo de 90 dias, a contar da data em que transitar em julgado a sentença final, condenatória ou absolutória, os objetos apreendidos não forem reclamados ou não pertencerem ao réu, serão vendidos em leilão, depositando-se o saldo à disposição do juízo de ausentes."
> Observa-se, portanto, que a restituição só é possível quando o reclamante comprova o seu direito sobre o bem, sendo que tal direito pressupõe a presença dos seguintes requisitos: propriedade do bem, origem lícita, boa fé do requerente e desvinculação com os fatos apurados na ação penal.
> A absolvição transitada em julgado nos autos originais somente serve para afastar a incidência do art. 118 do CPP, não suprindo, automaticamente, a necessidade de comprovação de todos aqueles requisitos.
> Sobre o tema, essa Corte Regional já decidiu que "a falta de demonstração cristalina da propriedade impede a restituição do bem" (STJ: REsp nº 647579).
> Desse modo, ante a existência de dúvidas sobre a propriedade das armas e munições apreendidas, impossível sua restituição, devendo ser reformada a decisão recorrida (fls. 1060/1061v.)

Ante o exposto, *DOU PROVIMENTO* à apelação do Ministério Público Federal.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator para o Acórdão.

APELAÇÃO CRIMINAL
0002117-11.2009.4.03.6181
(2009.61.81.002117-5)

Apelantes: FAUSTO LUIZ VAZ GUIMARÃES E HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA
Classe: Ap. 46993
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/08/2018

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. ARTIGO 22, *CAPUT* E PARÁGRAFO ÚNICO, PRIMEIRA E SEGUNDA PARTES, DA LEI 7.492/1986. INVESTIGAÇÕES REALIZADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. LEGALIDADE. INVESTIGAÇÕES REALIZADAS POR AUTORIDADES COMPETENTES. INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL. INCOMPETÊNCIA RELATIVA. POSSIBILIDADE DE RATIFICAÇÃO DOS ATOS REALIZADOS. VIOLAÇÃO DOS TERMOS DO ACORDO DE COOPERAÇÃO JUDICIAL EM MATÉRIA PENAL BRASIL ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE. INOCORRÊNCIA. PRELIMINARES REJEITADAS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO. RECURSO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO.

1. No que se refere à *possibilidade da realização de atos investigatórios pelo Ministério Público*, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que a própria Constituição Federal propicia a realização de tais atos, considerando que aos membros do *parquet* foram atribuídos o Monopólio da Ação Penal e o controle externo da atividade policial (RE 593.727/MG), inexistindo, pois, qualquer nulidade a ser reconhecida.

2. Ademais, como bem afirmado pelo Juízo "a quo", a investigação foi conduzida por uma força tarefa que contou com a efetiva participação de Delegados e Agentes de Polícia, como se depreende das diversas diligências realizadas nos diversos autos em apenso, o que afasta por completo a preliminar arguida.

3. Investigações realizadas nos Estados Unidos da América culminaram com a descoberta de um grande número de atividades ilícitas realizadas por clientes brasileiros do Banco Banestado, agencia de Nova Iorque, abrangendo, ainda, contas titularizadas por Brasileiros no *Merchants Bank of New York*, entre outros, inexistindo qualquer elemento de prova no sentido de que as investigações realizadas em território norte americano, em especial as quebras de sigilo bancário, possuiriam qualquer eiva de ilicitude.

4. Isto posto, verifica-se que o compartilhamento das provas se deu de maneira totalmente regular entre as autoridades norte americanas e brasileiras, nos termos do MLAT (*Mutual Legal Assistance Treaty*), promulgado pelo Decreto Presidencial 3.810, de 02/05/2001.

5. Por sua vez, considerando que o referido tratado prevê a comunicação direta entre

as Autoridades Centrais dos países participantes, as informações foram partilhadas, em um primeiro momento, sem a intervenção do Poder Judiciário. Entretanto, ao tomar conhecimento da existência de graves indícios da prática de atos ilícitos pelos ora apelantes, as autoridades brasileiras que participaram da investigação requereram ao Juízo inicialmente considerado competente a quebra do sigilo dos dados bancários dos apelantes, a qual foi deferida em decisão devidamente fundamentada.
6. No que se refere à competência do Juízo nacional, verifica-se que é competente para o processamento e conhecimento do feito a Justiça Federal de Primeiro Grau, razão pela qual não há que se falar em nulidade absoluta dos atos praticados pelo Juízo da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Curitiba-PR, eis que a competência em razão do local é relativa, sendo os atos praticados passíveis de ratificação pelo Juízo Competente, como ocorrido no caso concreto.
7. Tampouco há que se falar em nulidade em razão de uma quebra de sigilo global, considerando que a decisão que determinou o acesso aos dados bancários dos réus teve como objeto um relatório produzido pelas autoridades que conduziram as investigações, onde constava especificamente a denominada Conta Belém, no *Merchant Bank of New York*, de titularidade dos ora apelantes.
8. Por fim, não há que se falar em violação aos termos do tratado de cooperação internacional em matéria penal entre Brasil e Estados Unidos da América do Norte (MLTA) pela utilização indevida dos documentos compartilhados em processos distintos, eis que, como bem ressaltado pelo Juízo *a quo*, a presente ação penal tem como objeto os mesmo fatos investigados pelo Governo Norte Americano (Caso Nolasco) que, entretanto, devido ao vultoso número de possíveis envolvidos e a complexidade das operações financeiras ilícitas que vieram à tona, resultaram na propositura de diversas ações penais, em observância ao princípio da eficiência, do devido processo legal e da ampla defesa.
9. Preliminares rejeitadas.
10. Considerando o trânsito em julgado para a acusação, o prazo prescricional deverá ser aferido pela pena aplicada em concreto, nos termos da redação do § 1º, do artigo 110, do Código Penal vigente à época dos fatos.
11. No que se refere ao apelante FAUSTO DOS SANTOS LUIZ VAZ GUIMARÃES, a pena privativa de liberdade a ele imposta pela prática do delito descrito no artigo 22, da Lei 7.492/86, é de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão (fls. 1291verso/1292), do que decorreria o prazo prescricional de 08 (oito) anos, nos termos do artigo 109, IV, do Código Penal,.
12. Entretanto, considerando o teor do artigo 115, do Código Penal, o prazo prescricional deve ser computado pela metade, eis que o agente possuía mais de 70 anos na data da sentença (fls. 87), do que decorre o prazo prescricional de 04 (quatro) anos.
13. Nesses termos, entre a data do recebimento da denúncia (31/01/2006 - fls. 22/25) e a data da publicação da sentença condenatória (09/09/2010 - fls. 1293) já transcorreu lapso temporal superior a 04 (quatro) anos, *forçoso reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do Estado em relação ao Réu FAUSTO DOS SANTOS LUIZ VAZ GUIMARÃES,* também no que se refere à imputação pela prática *do delito descrito no artigo 22, da Lei 7.492/86*.
14. No que se refere ao apelante HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA, a pena privativa de liberdade a ele imposta pela prática do delito descrito no artigo 16, da Lei 7.492/86, é de 02 (dois) anos de reclusão (fls. 1288), do que decorre o prazo prescri-

cional de 04 (oito) anos, nos termos do artigo 109, V, do Código Penal.
15. Nesses termos, entre a data do recebimento da denúncia (31/01/2006 - fls. 22/25) e a data da publicação da sentença condenatória (09/09/2010 - fls. 1293) já transcorreu lapso temporal superior a 04 (quatro) anos, *forçoso, portanto, reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do Estado em relação ao Réu HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA,* no que se refere à imputação pela prática *do delito descrito no artigo 16, da Lei 7.492/86.*
16. A autoria e a materialidade do delito restaram devidamente comprovadas através dos documentos traduzidos para língua portuguesa, onde resta amplamente comprovada a titularidade da conta Belém por parte dos apelantes (fls. 243/285), do ofício emitido pelo Banco Central do Brasil (fls. 329), do termo de verificação fiscal da Secretaria da Receita Federal (fls. 389/422 e 425/459), pela cópia do cheque emitido em favor dos apelantes (fls. 631), dos documentos comprobatórios da movimentação financeira Merchants Bank, conta Belém (apenso II, volumes de 01 a 05), dos Laudos de Exame Econômico Financeiro (fls. 109/117 e 242/245 do Apenso I, volume 2/2).
17. Após o início de investigações realizadas pelo Governo dos Estados Unidos da América do Norte, voltadas para coibir a prática de remessa ilegal de ativos, lavagens de capitais e outros delitos financeiros, verificou-se a existência de uma vultosa movimentação de valores em conta corrente mantida pelos apelantes no exterior, sem que houvesse qualquer declaração sobre a remessa de valores partindo do Brasil (fls. 108/109) e tampouco qualquer pronunciamento por parte da defesa a respeito da natureza das operações que teriam originado referida movimentação, denota-se demonstra claramente que a realização das operações deu-se à margem do sistema financeiro nacional.
18. Ademais, ao se considerar o relacionamento da conta Belém com contas relacionadas a pessoas que comprovadamente operam como "doleiros" (v.g. fls. 115, apenso I, volume 2/2), assim como a manutenção de uma agência de turismo em território nacional, não restam duvidas de que os apelantes, agindo à margem do sistema financeiro nacional, efetivamente promoviam a evasão de divisas do território, de forma escritural, exsurgindo claramente a prática da atividade conhecida por dólar cabo ou cabo.
19. O bem jurídico tutelado pela norma penal descrita no parágrafo único do artigo 22, da lei 7.492/89 é a "proteção da política e do mercado cambial brasileiros" (TRF3, HC 20070300036640-0/SP, Ramza Tartuce, 5ª T., u., 29.10.2007 apud Junior, José Paulo Baltazar; Crimes Federais; Livraria do Advogado; Oitava Edição; fls. 481), o qual foi efetivamente violado pela conduta do apelante.
20. Ainda que o complemento da norma penal em branco descrita no parágrafo único, segunda parte, do artigo 22 da Lei 7.492/86, emitido pelo Banco Central do Brasil determine a obrigatoriedade de declaração de depósitos mantidos no exterior, no dia 31 de dezembro de cada ano, considerando ainda um valor mínimo para sua declaração (R$ 200.000,00 em 2001 - circular 3110 BACEN; R$ 300.000,00 em 2002 - circular 3181 BACEN e US$ 100.000,00 a partir de 2.003 - circular 3.225), no caso concreto resta patente a movimentação ininterrupta da conta bancária mantida no exterior pelos Apelantes de 20 de setembro de 2000 até 02 de agosto de 2002 (fls. 114, Apenso I, volume 1).
21. Nesses termos, verifica-se a tipicidade da conduta praticada pelos Apelantes, que mantiveram conta corrente no exterior, não declarada às autoridades competentes,

recebendo depósitos no valor de 16.424.816,01 dólares americanos e remetendo 11.687.930,04 dólares americanos, ainda que, hipoteticamente, houvessem se utilizado do subterfúgio de desabastecer a conta no último dia do ano, considerando que resta inconteste que mantiveram os valores no exterior e em sua disponibilidade, no decorrer de quase 03 anos ininterruptos.
22. Ademais, apenas a título de argumentação, cabe ainda ressaltar que os fatos descritos na denúncia se iniciaram em 20 de setembro de 2000, data anterior à edição da *Circular* nº *3071*, de 07 de dezembro de 2001, que só então passou a estabelecer critérios para a aferição da tipicidade (limites mínimos para a obrigatoriedade das declarações de depósitos mantidos no exterior), os quais não atingem fatos pretéritos, considerando sua natureza de norma excepcional.
23. Na primeira fase de fixação da pena, verifico que as circunstâncias do delito se mostram extremante desfavoráveis ao apelante, considerando, como bem ressaltado pelo juízo de primeiro grau, a vultosa movimentação realizada pelo apelante na conta bancária mantida no *Merchants Bank of New York* (créditos de US$16.424.81601e debitada em US$11.687.930,04) e o fato de que as atividades delituosas se estenderam, de maneira ininterrupta, por um longo lapso temporal (aproximadamente dois anos), revelando uma intensa lesão ao bem jurídico tutelado e uma acentuada culpabilidade por parte do apelante que, progressivamente, teria efetuado operações de câmbio não autorizadas, promovido a saída de moeda ou divisa ao exterior sem autorização legal e lá mantido depósitos não declarados à repartição federal competente, razão pela qual mantenho a pena base em 04 (quatro) anos de reclusão, mas fixo a pena pecuniária em 60 dias multa, considerando a necessária proporcionalidade entre a pena restritiva de liberdade e a pena pecuniária, que torno definitivas, uma vez que ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes, causas de aumento ou diminuição.
24. Presentes os requisitos constantes do artigo 44, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em: a) prestação pecuniária no valor de 20 (vinte) salários-mínimos, que destino à União Federal, e b) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, na forma a ser estabelecida pelo juízo da execução.
25. No que se refere à fixação de valores referentes à reparação do dano causado pelo ato ilícito, entendo que se mostra cabível, mesmo que não formulada a pretensão na denúncia ou em alegações finais. Observo que nosso ordenamento, antes mesmo da alteração que adveio com a Lei nº 11.719/08 - modificadora do inciso IV do artigo 387 do CPP, estabelecendo a fixação de valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração - previa que a sentença penal condenatória tornava certa, além da responsabilização criminal, também a responsabilização civil, conforme dispõe o art. 91, inc. I do CP, sendo certo que a novel lei apenas veio a trazer comando no sentido de que a sentença condenatória seja minimamente líquida. Não há necessidade de que o pedido seja expresso na denúncia ou reiterado em memoriais, já que a pretensão acusatória abrange igualmente a condenação de quantia líquida, em seu grau mínimo, em função do ato ilícito praticado. Com efeito, o legislador, com a edição da Lei nº 11.719/08, ao alterar a redação do art. 387, IV, do CPP, e estabelecer que o juiz, ao proferir a sentença, "fixará o valor mínimo da reparação dos danos causados pela infração", integrou o disposto no art. 91, inc. I, do CP, que expressamente prevê como efeito da condenação o dever de reparação do dano. Anteriormente à referida modificação legal a indenização decorrente da condenação criminal era totalmente

ilíquida. Agora, passou a veicular certo grau de liquidez.
26. Contudo, tal valor não inviabiliza, tampouco retira do réu, a prerrogativa de discussão na sede adequada, sendo certo que a cobrança do montante dependerá da instauração da respectiva ação executiva, perante o Juízo Cível, possibilitando o exercício de defesa com todos os seus consectários, incluindo a questão atinente ao valor da reparação. Assim, é possível que na ação de execução, se esta vier a ser instaurada pela vítima, seja apurado outro valor de reparação - maior ou menor -, diverso daquele fixado pelo Juízo criminal, não se podendo olvidar, ainda, da possibilidade de se concluir pela inexistência de valor a ser indenizado. Cumpre destacar que o parágrafo único acrescentado ao art. 63 do CPP, também pela Lei nº 11.719/2008, expressamente dispõe acerca da possibilidade de liquidação, perante o Juízo cível, com o objetivo de apurar o "dano efetivamente sofrido", demonstrando que a discussão não se encerra no processo penal.
27. Recurso da defesa parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, de ofício, *considerando a prescrição da pretensão punitiva do Estado, reconhecer a extinção da punibilidade do Réu FAUSTO LUIZ VAZ GUIMARÃES, pela prática do delito descrito no artigo 22, caput e seu parágrafo único, e do Réu HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA, pela prática do delito descrito no artigo 16, da Lei 7.492/86*, prejudicado o recurso da defesa nesses tópicos e, por maioria, nos termos do voto do Relator, acompanhado pelo Des. Fed. Valdeci dos Santos, dar *parcial provimento ao recurso interposto pela defesa de HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA*, tão somente para fixar a pena pecuniária em 60 (sessenta) dias multa e, nos termos do artigo 44, do Código Penal, converter a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no que se refere à condenação pela prática do delito descrito no artigo 22, *caput* e seu parágrafo único, primeira e segunda partes, em duas restritivas de direitos, mantendo, quanto ao mais, a decisão de primeiro grau, vencido o Des. Fed. Wilson Zauhy que dava parcial provimento ao recurso de HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA para reduzir a pena em maior extensão e excluir a condenação em reparação de danos, neste ponto acompanhado pelo Des. Fed. Valdeci dos Santos. Por maioria determinar a imediata expedição de guia de execução.

São Paulo, 24 de julho de 2018.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Trata-se de apelações criminais interpostas por FAUSTO LUIZ VAZ GUIMARÃES e HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA contra decisão proferida pelo Juízo Federal da 6ª Vara Criminal de São Paulo - SP, que julgou parcialmente procedente a denúncia, para *condenar* o réu FAUSTO LUIZ VAZ GUIMARÃES às penas de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, no regime inicial aberto, mais o pagamento de 141 (cento e quarenta e um) dias multa, no valor unitário de 02 (dois) salários mínimos, pela prática do delito descrito no artigo 22, *caput* e parágrafo único, primeira e segunda figuras, da Lei 7.492/1986, substituindo a pena

privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, *reconhecer a prescrição da pretensão punitiva* em relação à imputação pela prática do delito descrito no artigo 16, da Lei 7.492/1986, e *absolvê-lo* da imputação pela prática do delito descrito no artigo 4º, da Lei 7.492/1986 e artigo 1º da Lei 9.613/1998, e *condenar* o réu HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA às penas de 06 (seis) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 311 (trezentos e onze) dias multa, no valor unitário de 02 (dois) salários mínimos, pela prática dos delitos descritos nos artigos 16 e 22, *caput* e parágrafo único, primeira e segunda figuras, ambos da Lei 7.492/1986, em concurso material, e *absolvê-lo* da imputação pela prática dos delitos descritos no artigo 4º, da Lei 7.492/1986 e artigo 1º da Lei 9.613/1998. Foi fixado o valor mínimo de indenização por danos causados à União, no patamar de R$ 1.210,464, 55 (um milhão, duzentos e dez mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais e cinquenta e cinco centavos) para cada corréu.

Consta da denúncia que:

> (...)
> Os fatos narrados nesta denúncia foram apurados em diligências realizadas pela Força-Tarefa CC-5, nas cidades de *Nova Iorque/NY e Newark/NJ*, para aprofundar investigações acerca das atividades de correntistas e ex-correntistas da extinta agência do Banestado em Nova Iorque. Toda a prova reunida pela força-tarefa foi colhida legitimamente junto a autoridades norte-americanas do *Departamento de Segurança Interna* (DHS), da Agência de Combate ao Narcotráfico (DEA), da Procuradoria dos Estados Unidos (United States Attorney) para o Distrito de Nova Jersey, e da Promotoria Distrital de Nova Iorque e Manhattan (District Attorney of New York), mediante autorizações de quebra de sigilo deferidas pela Justiça Federal do Paraná e pela Justiça dos Estados Unidos da América e mediante a intermediação das autoridades centrais dos dois países, no âmbito do MLAT.
> No material colhido em três viagens da força-tarefa do Ministério Público Federal aos EUA, em agosto e novembro de 2003 e em novembro de 2004, e nos contatos formais subsequentes, constatou-se a existência de outros bancos norte-americanos que foram utilizados por correntistas e ex-correntistas da agência Banestado/NY, para a movimentação clandestina de recursos nacionais e lavagem de dinheiro, entre os quais o banco *Chase Manhattan* - utilizado no esquema Beacon Hill Service Corporation *BHSC) - o *MTB Bank* e o *Merchants Bank of New York* - base do esquema Nolasco-, todos situados na Cidade de Nova Iorque.
> Nesta esteira, a Força-Tarefa verificou a existência de investigações preliminares autônomas realizadas por agentes do DEA, do DHS e por promotores norte-americanos, em torno de vários dos alvos das apurações brasileiras. Assim, a investigação denominada *"Living Large"*, desencadeada pela US Customs - hoje órgão do DHS - descobriu que havia cerca de *trinta e nove contas* no Merchants Bank of New York, todas de brasileiros, entre elas a *FAUSTO GUIMARÃES*, também intitulada BELEM, de nº 9205774, aberta pelos denunciados *FAUSTO LUIZ VAZ GUIMARÃES* e *HELDER JOSÉ SIMÓES FRNACO TAVIEIRA*, em seu benefício ou com sua anuência e participação, que teriam movimentação financeira suspeita.
> Referida conta era gerida pela cidadã portuguesa, naturalizada norte-americana MARIA CAROLINA NOLASCO, conforme confirmado, em petição encaminhada ao *U.S. Attorney's Office* em 15 de agosto de 2002, pelo procurador dos denunciados.
> Dados do dhs dão conta de que na data de deflagração da operação living large, em 27 de junho de 2002, foram congelados *us$ 289.122,76* (duzentos e oitenta e nove mil, cento e vinte e dois dólares dos estados unidos e setenta e seis centavos) na *conta Fausto Guimarães controlada pelos denunciados*. Todos esses valores encontram-se atualmente sob custódia do *US Marshal's Service*.
> Os documentos que acompanham a presente denúncia foram obtidos por via *do MLAT - Mutual Legal Assistance Traty* e estão devidamente autenticados, por meio de affdavits do DHS

e do DOJ e legalizados pela Secretaria Nacional de Justiça/Departamento de Recuperação de Ativos e de Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) para sua utilização como provas perante o Poder Judiciário brasileiro. Tais provas e indícios revelam que que os ora denunciados, em unidade de desígnios, com ânimo e consciência da prática delituosa, cooperaram, cada um a seu modo, para a evasão de divisas nacionais, a manutenção de depósitos não declarados no exterior e para lavagem de dinheiro mediante inúmeras operações realizadas inicialmente por meio da conta por meio da conta *FAUSTO GUIMARÃES*, como adiante se verá.

II - CENTRAL-TOUR AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA.:

Em 5 de março de 1987 o denunciado *FAUSTO LUIZ VAZ GUIMARÃES* constituiu a empresa *CENTRAL-TOUR AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA*., CNPJ nº 57.172.132/0001-18, com sede na Rua São Bento, 279, 2º andar, Centro, São Paulo/SP.

Em 31 de dezembro de 1995, o denunciado *FAUSTO LUIZ VAZ GUIMARÃES* iniciou, junto aos órgãos competentes, o procedimento de liquidação voluntária da empresa, o que somente foi levado a efeito em novembro de 2002. Ocorre que até 2002, os denunciados continuaram operando através da *CENTRAL-TOUR AGÊNCIA DE VIAGENS TURISMO LTDA*., uma vez que antes de finalizado o processo de liquidação, embora já requerido pela parte, a empresa pode atuar normalmente no mercado de câmbio e viagens, sendo que o Banco Central somente é informado sobre tal processo, e cancela a autorização respectiva, quando da liquidação efetiva da empresa.

Assim, nesse período (entre 1995 e 2002), especialmente a partir de 2000, a *CENTRAL-TOUR AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA*. foi continuamente utilizada pelos denunciados como fachada, no Brasil, para a captação de clientes e de capitais de origem ilícita ou clandestina, valores estes posteriormente remetidos ao exterior, para a conta FAUSTO GUIMARÃES, objeto da presente denúncia.

Assim, entre *setembro de 2000* e *agosto de 2002*, a *CENTRAL-TOUR AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA*. foi usada para *evadir, manter no exterior e lavar* milhões de dólares em divisas nacionais ou que deveriam ter sido declaradas no Brasil. A empresa utilizava contas nos Estados Unidos como fachadas para ocultar a verdadeira propriedade dos recursos e, por meio delas, atuava como instituição financeira clandestina (money transmitting business), entre o Brasil e os Estados Unidos, sem licença do Banco Central ou das autoridades monetárias estaduais americanas.

Embora o denunciado *HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA* não tenha participado formalmente da constituição da *CENTRAL-TOUR*, ele era sócio de fato do denunciado *FAUSTO LUIZ VAZ GUIMARÃES*, participando ativamente das atividades ilícitas perpetradas no âmbito daquela empresa, utilizada no Brasil como fachada para a remessa ilegal de divisas ao exterior e lavagem de dinheiro.

Isto porque se verifica que *HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA*, atuando juntamente com o co-denunciado, ambos apresentando-se como administradores da *CENTRAL TUR*, providenciaram a abertura da conta BELEM, utilizada para manter no exterior e lavar milhões de dólares em divisas nacionais.

Desta modo, os denunciados *FAUSTO LUIZ VAZ GUIMARÃES* e *HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA*, em unidade de desígnios, na qualidade de "doleiros", valendo-se da casa de câmbio estabelecida no Brasil *CENTRAL-TOUR AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA., operaram no exterior*, através da conta FAUSTO GUIMARÃES aberta em nome deles, com recursos financeiros brasileiros, de procedência criminosa ou clandestina, no desiderato de ocultar os efetivos "donos do dinheiro", eles próprios ou terceiros seus clientes.

Assim, esquematicamente, a *CENTRAL-TOUR AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA* operava no exterior, no mercado de câmbio e no branqueamento de capitais, por intermédio da conta BELEM, mantida no *Merchants Bank* em Nova Iorque.

A atividade dos denunciados consistia principalmente em vender dólares para clientes brasileiros, no mercado paralelo, *como parte de um ciclo de lavagem de dinheiro*, que transitava

pela conta do denunciado nos Estados Unidos, *envolvendo inúmeras vezes valores oriundos de transferências originadas em bancos norte-americanos, como o próprio Merchants e o MTB Bank*.

Após ingressar na conta controlada por *FAUSTO LUIZ VAZ GUIMARÃES e HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA*, o dinheiro era repassado aos clientes brasileiros no exterior, quase sempre mediante wire transfers para contas indicadas pelos tomadores do serviço ilícito.

Obviamente, essa atividade de câmbio e remessa de valores dependia de uma alimentação constante de dólares na conta BELEM, mediante novas transferências oriundas do esquema Banestado ou esquema Beacon Hill, algumas vezes com evasão direta do Brasil. A reciclagem dependia também de um *sistema de compensação entre os vários doleiros*, muitos deles com negócios no Banestado em Nova Iorque.

III - DA CONTA FAUSTO GUIMARÃES (BELEM)

A conta *FAUSTO GUIMARÃES*, também intitulada BELEM, de nº 9205774, do *Merchants Bank of New York*, era titularizada pelos denunciados *FAUSTO LUIZ VAZ GUIMARÃES e HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA*, e foi aberta em 28 de agosto de 2000. Por meio desta conta os denunciados atuaram em detrimento das reservas cambiais nacionais, mediante burla das normas editadas pela Banco Central.

As informações constantes dos Laudos Periciais nº 534/05-INC e /05-INC revelam *intensa movimentação* financeira realizada através da conta *FAUSTO GUIMARÃES*. Na referida documentação estão caracterizadas inúmeras transferências a crédito e a débito entre a conta *FAUSTO GUIMARÃES* e outras contas de brasileiros, inclusive "doleiros".

Referido Laudo aponta que, *de 20 de setembro de 2000 a 2 de agosto de 2002*, a conta *FAUSTO GUIMARÃES/BELÉM* foi creditada em US$16.424.816,01 (dezesseis milhões, quatrocentos e vinte e quatro mil, oitocentos e dezesseis dólares dos Estados Unidos e um centavo) e debitada em *US11.687.930,04* (onze milhões, seiscentos e oitenta e sete mil, novecentos e trinta dólares dos Estados Unidos e quatro centavos).

O Laudo Pericial nº 534/05-INC, aponta, exemplificativamente, os principais beneficiários (pessoas físicas e jurídicas) dos recursos provenientes da *conta corrente 9205774*, de *titularidade dos denunciados*, algumas delas ligadas ao esquema de evasão de divisas conhecido como "escândalo CC-5" e na Operação Farol da Colina (caso Beacon Hill).

Dessa forma, a título de exemplo, verifica-se que a conta *BELEM/FAUSTO GUIMARÃES* recebeu e ordenou, entre 31 de dezembro de 2001 e 28 de junho de 2002, dezoito transferências beneficiando a conta DOYEM, do próprio *Merchants Bank*. A conta DOYEN é de titularidade de LUIS FILIPE MALHÃO E SOUZA, VITOR MANUEL DA SILVA E SOUSA e JOSÉ MENDES POVOAÇÃO, "doleiros" de São Paulo investigados neste Juízo pela remessa e manutenção de valores no exterior, bem como por lavagem de dinheiro. Tais operações financeiras encontram-se devidamente descritas nos extratos bancários de fls. 49 e seguintes.

Ainda, verifica-se que, no período compreendido entre 8 de março de 2001 e 13 de junho de 2002, foram realizadas dez operações de crédito (IN) e dezesseis operações de débito (OUT) entre as contas *BELEM/FAUSTO GUIMARÃES* e LESPAN S.A., num total de U$ 582.883,00 e US$616.414,00. Além de várias operações com a identificação "one of our clients", "a client" ou "um de nos clients", o que demonstra o *propósito deliberado* de ocultar a origem dos valores objeto de suas operações e a identidade dos depositantes ou creditados, em atos típicos de *lavagem de dinheiro* (Anexos II e III, do laudo nº 534/05-INC).

Da mesma forma, citado laudo aponta a realização de uma transferência determinada pela conta *BELEM/FAUSTO GUIARÃES*, em favor do Brasileiro Eduardo Sayeg, datada de 28 de junho de 2002, no valor de US$10.500,00. Ainda, conta uma transação envolvendo o brasileiro Marcelo Bordon, em 21 de dezembro de 2001, no valor de US$44.980,00.

Outras transações ordenadas pela conta *FAUSTO GUIMARÃES* envolvendo pessoas físicas e jurídicas nacionais (Anexo II, Laudo pericial 534/05) estão, exemplificadamente, descritas na tabela seguinte:

(...)
Importante observar que nas declarações de IRPF de *FAUSTO LUIZ VAZ GUIMARÃES e HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA* entre *1996 e 2004*, em anexo, não há qualquer menção à conta FAUSTO GUIMARÃES, nem aos valores nela existentes.
Cabe salientar, por fim, que foram dados como indisponíveis na *FAUSTO GUIMARÃES*, para fins de confisco, congelados *US$289.122,76*(duzentos e oitenta e nove mil, cento e vinte e dois dólares dos Estados Unidos e setenta e seis centavos), quantia esta congelada nos EUA até a presente data, sendo toda ela produto ou proveito de crimes praticados pelos denunciados em seus próprios benefícios ou no interesse de terceiros ainda não identificados.
Cumpre salientar que em 16 de março de 2005, os denunciados formularam requerimento perante a Justiça de Nova Jersey *para tentar a liberação desses valores*:
(...)
No pedido, os denunciados alegaram que o dinheiro bloqueado era oriundo da venda de um apartamento em São Paulo/SP:
(...)
IV - DA ANÁLISE GENÉRICA DA CONTA
Controlando e/ou administrando a *conta* bancária *FAUSTO GUIMARÃES/BELEM* os denunciados *FAUSTO LUIZ VAZ GUIMARÃES* e *HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA* estiveram à frente, a partir do Brasil, de verdadeira e poderosa instituição financeira marginal e fraudulenta, que propiciou ou facilitou a evasão de divisas nacionais e a consumação de transações financeiras ilegais, entre o Brasil e o exterior, em um sistema de crédito e débito para clientes e de *compensação internacional entre doleiros*, sistema este totalmente alheio aos mecanismos e regulamentos oficiais brasileiros.
A abertura da conta mencionada facilitou a ocultação dos valores nela movimentados, dificultando a arrecadação tributária, a persecução criminal, o sequestro, arresto e confisco de tais valores e o reconhecimento das pessoas físicas e jurídicas que, fugindo do controle das autoridades brasileiras e em detrimento das reservas cambiais nacionais, *utilizaram-se dos serviços dos "doleiros" para cambiarem moeda, evadirem divisas e manterem recursos no exterior criminosamente.*
A ocultação e a dissimulação da origem e propriedade dos valores foram realizadas de forma consciente e remunerada, ao longo dos anos, especialmente considerando as seguidas transações entre as diversas contas das empresas de fachada no exterior, *de modo a "lavar" valores monetários cuja origem no Brasil e no exterior são ilícitas*, provenientes especialmente de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, praticados por meio de organização criminosa.
Além, da evasão de divisas ocorrida ainda nos anos de 1996 e 1997 e também depois, as contas dos doleiros mantidas no exterior necessitaram de ouras fontes de moeda extrangeira para a manutenção do sistema do "dólar-cabo", sendo certo que essas contas foram alimentadas pelo pagamento de *exportações subfaturadas e importações superfaturadas e pela apropriação de valores em dólares remetidos pela comunidade brasileira que vive nos Estados Unidos, contrabando, entre outras fontes de recursos.* Para tanto, tornam-se necessários artifícios fraudulentos, inclusive a abertura de contas em nomes de interpostas pessoas, fraudes diversas e especialmente a prática de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.
Nas operações de cabo, ou no *"dolar cabo" (hawala)*, o que se tem é uma relação de confiança entre o cliente (comprador ou vendedor de moeda estrangeira) e o "doleiro". Numa dada operação, em que o cliente deseja comprar moeda estrangeira, com remessa diretamente ao exterior, ele entrega reais ao "doleiro" e este ordena um débito, em sua conta no estrangeiro, do valor *correspondente em moeda estrangeira*, para posterior transferência ou depósito em uma conta que o cliente comprador indicar.
A partir do ano de 1997, diante da intensa divulgação nos meios de comunicação quanto às irregularidades praticadas através de contas "CC5", os "doleiros", operando por um sistema financeiro marginal, passaram a utilizar o dólar-cabo, justamente porque a sua fiscalização

é praticamente impossível por parte da autoridade monetária, uma vez que as transações assim realizadas não são registradas no SISBACEN e envolvem *contabilidades paralelas no Brasil e no exterior.*

Os documentos juntados aos autos, especialmente aqueles trazidos de Nova Iorque e de Newark, devidamente regularizados pela sua consularização ou pelo cumprimento dos termos do tratado MLAT, ensejaram uma nova vertente de investigações sobre tais atividades, *havendo razões concretas para crer na permanência da prática delitiva.*

V - O LAUDO PERICIAL N. 534/05-INC

Mediante requisição do MPF, o INC elaborou o laudo pericial n. 534/2005, que se presta a demonstrar a movimentação da conta controlada por *FAUSTO LUIZ VAZ GUIMARÃES e HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA*.

Assim, os peritos do INC *concluíram* que *de 20 de setembro de 2000 a 2 de agosto de 2002*, a conta *BELEM/FAUSTO GUIMARÃES* foi creditada em *US$16.424.81601* (dezesseis milhões, quatrocentos e vinte e quatro mil dólares dos Estados Unidos e um centavo) e debitada em *US$11.687.930,04* (onze milhões, seiscentos e oitenta e sete mil, novecentos e trinta dólares dos Estados Unidos e quatro centavos).

Quanto aos relacionamentos, os peritos detectaram várias transações dessa conta com a conta DOYEN, também do *Mechants Bank*, e com a conta LESPAN S.A., revelando, pois, as intricadas relações e conexões entre os esquemas BANESTADO, MERCHANTAS E BEACON HILL.

Em resposta aos quesitos formulados pelo Ministério Público Federal, os peritos também apontaram diversas transações realizadas pelos denunciados através da conta FAUSTO GUIMARÃES envolvendo pessoas físicas e jurídicas do país, como demonstrado no anexo II, do Laudo nº 534/05.

VI - IMPUTAÇÕES

Dessa forma, os denunciados *FAUSTO LUIZ VAZ GUIMARÃES* e *HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA*, de forma livre e consciente, fizeram operar no mercado negro instituição financeira, através de *uma casa de cambio*, sem nenhuma autorização no Banco Central do Brasil, tendo como braço empresarial no País a casa de câmbio *VCENTRAL-TOUR AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA., pelo que incorreram nas sanções do artigo 16 c/c o artigo 1º, parágrafo único, incisos I e II, da Lei Federal n. 7.492/86.*

Ainda, os denunciados *FAUSTO LUIZ VAZ GUIMARÃES* e *HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA*, de forma livre e consciente, agindo mediante dissimulação da titularidade de valores mantidos em conta no exterior (conta *BELÉM*), em detrimento do nível de segurança exigido na condução de negócios e do nível de confiabilidade exigido no Sistema Financeiro Nacional, ao operar com câmbio e ao promover remessas ilegais de divisas ao exterior, além de mantê-las ilegalmente no estrangeiro, *geriram fraudulentamente uma instituição financeira (CENTRAL-TOUR AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA), pelo que os acusados incorreram nas sanções do artigo 4º, caput c/c o artigo 1º, parágrafo único, incisos I e II, da Lei Federal n. 7.492/86, observado o disposto no artigo 29 do Código Penal.*

Os denunciados *FAUSTO LUIZ VAZ GUIMARÃES e HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA*, de forma livre e consciente, mantiveram depósitos clandestinos na agência de Nova Iorque do *MERCHANTS BANK OF NEW YORK*, por meio da conta *FAUSTO GUIMARÃES*, nº 8205774, pertencente aos denunciados, *de 20 de setembro de 2000 a 2 de agosto de 2002*, sendo certo que montantes globais de *US$16424.816,01* (dezesseis milhões, quatrocentos e vinte e quatro mil, oitocentos e dezesseis dólares dos Estados Unidos e um centavo) foram mantidos e movimentados no exterior, sem declaração às repartições federais competentes, *pelo que os acusados também incorreram nas sanções do artigo 22, parágrafo único, da Lei Federal n. 7.492/86.*

Por fim, os denunciados *FAUSTO LUIZ VAZ GUIMARÃES N e HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA*, de forma livre e consciente, ao ocultarem e dissimularem a origem propriedade, localização, disposição e movimentação de valores mantidos em contas no exterior

> (conta FAUSTO GUIMARÃES), e, ao previamente praticarem delitos contra o SFN e por meio de organização criminosa, *incorreram nas sanções do artigo 1º, incisos VI e VII, combinado com o artigo 1º, § 1 º, inciso II; com o artigo 1º, § 2º, inciso II; e com o artigo 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/98. (...).* (fls. 02/17)

A denúncia foi recebida em 31/01/2006 (fls. 22/25) pelo Juízo Federal da 2ª Vara Criminal de Curitiba/PR.

Os réus foram interrogados (termo de transcrição de fls. 139).

Defesa prévia às fls. 132/135.

Foram ouvidas as testemunhas de acusação (fls. 369/370, 371/372, 385) e defesa (fls. 525, 526, 527, 530/531, 532, 536, 537, 562, 563, 576).

Apresentadas alegações finais pela acusação (fls. 654/675) e defesa (689/754).

Encerrada a instrução sobreveio decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Habeas Corpus 95.059-PR, que concedeu parcialmente a ordem para reconhecer a incompetência do Juízo da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Curitiba, reconhecendo a nulidade relativa dos atos praticados, tendo os autos sido remetidos à Subseção Judiciária de São Paulo (fls. 869) e redistribuídos ao Juízo Federal da 6ª Vara Criminal de São Paulo-SP (fls. 876).

Às fls. 879, o Representante do Ministério Público Federal, atuante perante a 6ª Vara Federal Criminal da Subseção Judicial de São Paulo-SP, manifestou-se pela ratificação dos atos praticados pelo Juízo Federal da 2ª Vara Criminal de Curitiba-PR, o que foi deferido pelo Juízo *a quo* (fls. 1.206/1.211).

Sentença penal condenatória (fls. 1.263/1292verso) publicada em 09/09/2010 (fls. 1293).

Inconformada, apela a Defesa de ambos os réus (fls. 1.323/1363), aduzindo, em razões de apelação, preliminarmente, que:

a) as investigações que deram início a presente ação penal foram realizadas única e exclusivamente pelo "parquet", usurpando o poder da polícia judiciária em afronta ao texto da Constituição Federal;

b) o Ministério Público Federal obteve acesso aos documentos bancários relacionados às contas correntes do *Merchants Bank* em momento anterior à ordem judicial de quebra de sigilo bancário, o que tornaria ilegal as provas ali obtidas, com a consequente nulidade da presente ação penal;

c) a autoridade americana que investigou e requereu o confisco dos bens da conta BELEM seria absolutamente incompetente para fazê-lo, o que eivaria de nulidade das provas ali obtidas;

d) a Justiça Federal do Paraná seria absolutamente incompetente para processar e julgar o presente feito, razão pela qual a quebra de sigilo bancário decretada por aquele Juízo não poderia ser ratificado pelo Juízo "a quo", devendo ser declaradas nulas as provas dali decorrentes, bem como determinado o seu desentranhamento dos autos;

e) os dados bancários utilizados para fundamentar a condenação dos apelantes não teriam decorrido de um pedido de quebra específico com relação à conta BELÉM, mas sim de uma quebra global, assim como a decisão que o deferiu não se encontra devidamente fundamentada;

f) a propositura da presente ação penal violaria o acordo de cooperação entre Brasil e Estados Unidos da América do Norte (MLAT), uma vez que referido acordo veda expressamente a utilização de qualquer informação ou prova obtida em qualquer outro processo ou investigação sem o prévio consentimento da autoridade central do Estado requerido, e as investigações

originárias diriam respeito, exclusivamente, aos denominados Caso Banestado e Caso Maria Nolasco, sem que houvesse autorização expressa para as investigações que culminaram com a condenação dos apelantes;

Quanto ao mérito, aduz que:

a) não resta comprovada a materialidade do delito descrito no artigo 16, da Lei 7.492/86, considerando inexistir qualquer prova idônea no sentido de que os recursos aplicados na conta corrente denominada BELEM fossem provenientes de terceiras pessoas, fato que não pode restar comprovado através de meros indícios, como consta da sentença apelada;

b) tampouco resta comprovada a materialidade do delito descrito no artigo 22, *caput* e parágrafo único, primeira e segunda parte, uma vez que não teria ocorrido a efetiva remessa de valores ao exterior, razão pela qual a conduta imputada aos réus seria atípica;

c) considerando a inexistência de remessa de valores ao exterior, não haveria que se falar em ameaça às reservas cambiais brasileiras, inexistindo, pois, qualquer ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma insculpida no artigo 22, *caput* e parágrafo único, primeira e segunda partes, a qual tipifica conduta doutrinariamente denominada de crime de perigo concreto, exigindo a efetiva criação de risco ao bem jurídico protegido;

d) o bem jurídico tutelado pela ausência de declaração de rendimentos tributáveis localizados no exterior, mais do que a higidez do sistema financeiro nacional, seria a ordem tributária, inexistindo, nos autos, prova quanto à efetiva supressão de tributos em razão da conduta dos ora apelantes;

e) não poderia haver concurso material entre o crime de evasão de divisas e o delito de sonegação fiscal;

f) a pena imposta aos apelantes se mostra excessivamente rigorosa e desproporcional, eis que a movimentação de quantia expressiva de dólares é inerente ao tipo penal;

g) a reparação de danos determinada pela r. sentença deve ser afastada, considerando a irretroatividade da lei penal mais gravosa, considerando seu caráter de direito material, bem como a inexistência de contraditório no que se refere aos valores estipulados pelo Juízo *a quo*;

Contrarrazões de apelação às fls. 1387/1395.

Em parecer de fls. 1399/1409, o Ilustre representante do Ministério Público Federal perante essa Egrégia Corte Regional, Dr. João Francisco Bezerra de Carvalho, opinou pelo decreto de extinção da punibilidade de FAUSTO LUIZ VAZ GUIMARÃES, quanto ao delito descrito no artigo 22, da Lei nº 7.492/86 e de HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA, quanto ao delito descrito no artigo 16, da Lei 7.492/86, por ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, e pelo desprovimento do recurso de apelação de HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA, no que tange ao delito de evasão de divisas.

É o relatório.

Ao MM. Revisor.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

FAUSTO LUIZ VAZ GUIMARÃES e HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA, foram condenados, respectivamente, às penas de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, no

regime inicial aberto, mais o pagamento de 141 (cento e quarenta e um) dias multa, no valor unitário de 02 (dois) salários mínimos; e 06 (seis) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 311 (trezentos e onze) dias multa, no valor unitário de 02 (dois) salários mínimos; pela prática dos delitos descritos nos artigos 16 e 22, *caput* e parágrafo único, primeira e segunda figuras, ambos da Lei 7.492/1986, em concurso material, reconhecida a prescrição da pretensão punitiva do réu FAUSTO em relação à imputação pela prática do delito descrito no artigo 16, da Lei 7.492/1986, uma vez que os réus, utilizando-se de uma empresa denominada CENTRAL TOUR AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO e de uma conta bancária mantida no *Merchants Bank of New York*, não declarada às autoridades brasileiras, exerciam irregularmente atividades de câmbio e remessa de divisas ao exterior.

Inicialmente, cumpre analisar as questões referentes à prescrição da pretensão punitiva do Estado em relação aos apelantes.

Considerando o trânsito em julgado para a acusação, o prazo prescricional deverá ser aferido pela pena aplicada em concreto, nos termos da redação do § 1º, do artigo 110, do Código Penal vigente à época dos fatos.

No que se refere ao apelante FAUSTO DOS SANTOS LUIZ VAZ GUIMARÃES, a pena privativa de liberdade a ele imposta pela prática do delito descrito no artigo 22, da Lei 7.492/86, é de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão (fls. 1291verso/1292), do que decorreria o prazo prescricional de 08 (oito) anos, nos termos do artigo 109, IV, do Código Penal,.

Entretanto, considerando o teor do artigo 115, do Código Penal, o prazo prescricional deve ser computado pela metade, eis que o agente possuía mais de 70 anos na data da sentença (fls. 87), do que decorre o prazo prescricional de 04 (quatro) anos.

Nesses termos, entre a data do recebimento da denúncia (31/01/2006 - fls. 22/25) e a data da publicação da sentença condenatória (09/09/2010 - fls. 1293) já transcorreu lapso temporal superior a 04 (quatro) anos, *forçoso reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do Estado em relação ao Réu FAUSTO DOS SANTOS LUIZ VAZ GUIMARÃES*, também no que se refere à imputação pela prática *do delito descrito no artigo 22, da Lei 7.492/86*.

No que se refere ao apelante HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA, a pena privativa de liberdade a ele imposta pela prática do delito descrito no artigo 16, da Lei 7.492/86, é de 02 (dois) anos de reclusão (fls. 1288), do que decorre o prazo prescricional de 04 (oito) anos, nos termos do artigo 109, V, do Código Penal.

Nesses termos, entre a data do recebimento da denúncia (31/01/2006 - fls. 22/25) e a data da publicação da sentença condenatória (09/09/2010 - fls. 1293) já transcorreu lapso temporal superior a 04 (quatro) anos, *forçoso, portanto, reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do Estado em relação ao Réu HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA*, no que se refere à imputação pela prática *do delito descrito no artigo 16, da Lei 7.492/86*.

Cumpre, então, a análise do recurso de apelação tão somente em ralação à condenação de HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA pela prática do delito descrito no artigo 22, parágrafo único, primeira e segunda partes, da Lei 7.492/86.

Preliminares.

No que se refere à *possibilidade da realização de atos investigatórios pelo Ministério Público*, já decidiu o Supremo Tribunal Federal , por sua composição plena, que a própria Constituição Federal propicia e permite a realização de tais atos, considerando que aos membros do *parquet* foram atribuídos o monopólio da Ação Penal e o controle externo da atividade policial (RE 593.727/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 08.09.15)), inexistindo, pois, qualquer nulidade a ser reconhecida.

Nesse sentido, colaciono julgados também do E. STJ:

> ..EMEN: PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. INVESTIGAÇÃO REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGALIDADE. RE 593.727/STF. 2. ILEGALIDADE NA COLHEITA DE PROVAS PELO MP. NÃO VERIFICAÇÃO. ALEGAÇÕES RELATIVAS A OUTRO PROCESSO. EVENTUAIS IRREGULARIDADES QUE NÃO CONTAMINAM A AÇÃO PENAL. 3. ORDEM DENEGADA. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.727/MG, assentou ser legítima a investigação de natureza penal realizada pelo parquet. *A legitimidade do poder investigatório do órgão é extraída da Constituição, a partir de cláusula que outorga o monopólio da ação penal pública e o controle externo sobre a atividade policial. Observância das hipóteses de reserva constitucional de jurisdição.* 2. Em suma, a colheita de elementos probatórios para informar uma ação penal não é atividade exclusiva da polícia e sequer necessário seja precedida a ação penal de investigações preliminares. Precedentes do STF e do STJ. 3. Além de o inquérito não ser procedimento obrigatório, eventual vício ocorrido antes da propositura da ação penal constitui, em regra, mera irregularidade, que não tem o condão de contaminá-la. 4. Ordem denegada. ..EMEN: (HC 201403348970, REYNALDO SOARES DA FONSECA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:19/05/2016 ..DTPB:.)

> ..EMEN: RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. ANÁLISE DE OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO PRETÓRIO EXCELSO. OMISSÃO NO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL *A QUO*. INEXISTÊNCIA. INTIMAÇÃO PARA SUSTENTAÇÃO ORAL. QUESTÃO SURGIDA NO JULGAMENTO DOS EMBARGOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. SUFICIÊNCIA DA PROVA PARA EMBASAR A DENUNCIA. SÚMULA 7/STJ. ADITAMENTO. REGULARIDADE. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. VALIDADE. PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 593.727. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS VIOLADOS. RECURSO COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. 1(...). *8. O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do recente julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.727, submetido ao rito do artigo 543-B do Código de Processo Civil, pacificou o entendimento de que o Ministério Público dispõe de atribuição para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal.* 9.(...). 10. Recurso improvido. ..EMEN:(RESP 201500803374, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:10/03/2016 ..DTPB:.)

No plano infra inconstitucional, o art. 4º, § único do CPP estampa autorização para que outras autoridades procedam à investigações criminais, mesma situação em que se divisa no art. 29 da Lei nº 7.492/86, legislação pertinente aos fatos, e o próprio Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por sua vez, editou a Resolução nº 13/06, disciplinando a instauração e tramitação de procedimento investigatório presidido por membro do Ministério Público.

Ademais, como bem afirmado pelo Juízo "a quo" (fls. 1267-v), a investigação foi conduzida por uma força tarefa que contou com a efetiva participação de Delegados e Agentes de Polícia, como se depreende das diversas diligências realizadas nos diversos autos em apenso, não somente por membros do MPF, o que afasta por completo a preliminar arguida.

No que se refere às *preliminares de nulidade em razão de irregularidades na quebra de sigilo bancário dos apelantes*, cumpre transcrever os seguintes excertos da sentença, em que o juízo *a quo*¸ após transcrever a decisão que determinou a quebra do sigilo fiscal dos ora apelantes (fls. 05/08 do apenso I), assentou que:

(...)
Resumindo o histórico apresentado pelo Juízo da 2ª Vara Federal de Curitiba, tem se o quadro fático que passo a expor.
O Banco Central e Ministério Público Federal identificaram a remessa de quantias milionárias para o exterior através de contas CC5 mantidas em instituições financeiras em Foz do Iguaçu/PR. Detectou-se que o titular do numerário não depositava diretamente nas contas CC5, agindo, ao revés, através de interposta pessoa ("laranja"), que abria conta fraudulenta em uma instituição financeira, normalmente também em Foz do Iguaçu. Os valores, então, eram remetidos ao exterior, tendo como beneficiárias, principalmente, contas mantidas na agência do Banestado em Nova York.
Foi decretada, com base nesses fatos, a quebra de sigilo bancário das contas mantidas na agência do Banestado em Nova York, sendo realizados exames periciais sobre aquelas que atraiam maiores suspeitas, por serem titularizadas por pessoas com documentos de constituição registrados fora dos EUA, especialmente offshores. Constatou-se, então, que o numerário que transitou pela agência do Banestado em Nova York também fora remetido para diversas contas mantidas em outras instituições financeiras, o que ocasionou a decretação de novas quebras, abrangendo contas mantidas por pessoas físicas, mas principalmente *offshores*, em instituições financeiras norte-americanas, como o *Swiss Bank - New York Chase - New Yor - MTB Bank*, especialmente das contas e subcontas mantidas pela empresa *Beacon Hill Services* no *Chase* de Nova York.
Algumas dessas instituições já estavam sob investigação das *autoridades norte-americanas*, que *remeteram dados e documentos bancários às autoridades brasileiras. As quebras de sigilo* teriam sido efetuadas nos Estados Unidos *segundo as regras lá estabelecidas*. Comunicando o recebimento de tais dados, a autoridade policial representou pelo ao Juízo da 2ª Vara Federal de Curitiba/PR pela quebra de sigilo de tais dados, permitindo-lhe a sua utilização para prosseguir com a persecução criminal em território brasileiro.
Nesta quebra, o Juízo fez expressa referência ao afastamento do sigilo da conta nº 9205774, de titularidade de Fausto Luiz Vaz Guimarães (ofício nº 837/2004, juntado às fls. 02/04 do Apenso I, vol 1/1).
(...)
Portanto, o fato de que os documentos terem sido encaminhados às autoridades policiais brasileiras diretamente por autoridades estrangeiras não inquina a prova de ilicitude. Apenas há que observar que: a) *a autoridade estrangeira deve obter tais dados em conformidade com o sistema vigente em seu país*; e b) *tratando-se de dados acobertados pelo sigilo bancário, em observância ao ordenamento jurídico brasileiro, caberá à autoridade policial brasileira requerer a sua quebra, perante juiz competente, para que possa utilizá-los validamente na persecução penal.*
Nesse sentido, o Decreto 3.810/2001, que promulgou o acordo de cooperação em matéria penal entre Brasil e EUA, estabelece, em seu artigo V, item 3, que "as solicitações serão executadas de acordo com asa Lei do Estado Requerido, a menos que os termos desta Acordo disponham de outra forma. O método de execução especificado na solicitação deverá, contudo, ser seguido, exceto no que tange às proibições previstas nas leis do Estado Requerido".
(...)
Não existem nos autos, portanto, *elementos convincentes de que a obtenção dos dados nos EUA tenha se dado de maneira irregular.*
Pelo contrário, consta dos autos (fl. 09 do Apenso I, vol.1/2), Ofício encaminhado pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), informando acerca da remessa de documentos pela Autoridade Central estadunidense, obtidos de órgão espcífico (*Newark Field Office, Bureau of Immigration and Customs Enforcement, Departmente os Homeland Security*). Como se depreende do documento, tais documentos foram obtidos por meio de regular cumprimento de MLAT solicitado pela Autoridade Central

> Brasileira - o DRCI.
> Igualmente, consta declaração firmada pelo agente de tal órgão específico (Newark Field Office, Bureau of Immigration and Customs Enformcement,, Departmente of Homeland Security), com a descrição dos documentos encaminhados pela via do MLAT, entre so quais "Fausto Luis Vaz Guimarães documents" (fl. 13, do apenso I, vol. 1/2).
> Da análise desses documentos é *possível inferir* - à falta de prova em sentido contrário - *que os documentos que sibsidiam a presente ação penal foram obtidos pelo meio legítimo de cooperação jurídica internacional.*
> Ressalto, ademais, que o STJ já teve oportunidade de decidir, especificamente, pela licitude da "Utilização, pelo parquet, de provas produzidas pela Polícia norte-americana, para fundamentar a inicial acusatória" (HC 57.991/PR, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, julg. 13.02.2007, DJ 27.03.2007). (fls. 1.270/1.272verso).

Depreende-se, pois, que investigações realizadas nos Estados Unidos da América culminaram com a descoberta de um grande número de atividades ilícitas realizadas por clientes brasileiros do Banco Banestado, agencia de Nova Iorque, abrangendo, ainda, contas titularizadas por Brasileiros no *Merchants Bank of New York*, entre outros, inexistindo qualquer elemento de prova no sentido de que as investigações realizadas em território norte americano, em especial as quebras de sigilo bancário, possuiriam qualquer eiva de ilicitude.

Isto posto, verifica-se que o compartilhamento das provas entre as autoridades norte americanas e brasileiras se deu de maneira totalmente regular, nos termos do MLAT (*Mutual Legal Assistance Treaty*), promulgado pelo Decreto Presidencial 3.810, de 02/05/2001.

Por sua vez, considerando que o referido tratado prevê a comunicação direta entre as Autoridades Centrais dos países participantes, as informações foram partilhadas, em um primeiro momento, sem a intervenção do Poder Judiciário. Entretanto, ao tomar conhecimento da existência de graves indícios da prática de atos ilícitos pelos ora apelantes, as autoridades brasileiras que participaram da investigação requereram ao Juízo inicialmente considerado competente a quebra do sigilo dos dados bancários dos apelantes, a qual foi deferida em decisão devidamente fundamentada (fls. 05/08 dos autos do Apenso I, vol. 1/2).

Sobre a legalidade dos procedimentos adotados nos presentes autos, com a quebra do sigilo bancário decorrente de informações obtidas através do tratado de assistência jurídica mútua em matéria penal, assim já decidiram nossas Cortes de Justiça em casos semelhantes, *in verbis*:

> ..EMEN: HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO. 1(....). *CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E LAVAGEM DE DINHEIRO (ARTIGOS 16 E 22 DA LEI 7.492/1986 E ARTIGO 1º, INCISO VI, DA LEI 9.613/1998). VIOLAÇÃO À LEI COMPLEMENTAR 105/2001. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO DOS PACIENTES NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DA JUSTIÇA BRASILEIRA. DESNECESSIDADE. MEDIDA QUE FOI IMPLEMENTADA EM INVESTIGAÇÃO EM CURSO EM NOVA IORQUE. COMPARTILHAMENTO DAS PROVAS OBTIDAS COM A JUSTIÇA BRASILEIRA MEDIANTE ACORDO DE COOPERAÇÃO ENTRE OS PAÍSES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. 1. A competência internacional é regulada ou pelo direito internacional ou pelas regras internas de determinado país acerca da matéria, tendo por fontes os costumes, os tratados normativos e outras regras de direito internacional. 2. Em matéria penal adota-se, em regra, o princípio da territorialidade, desenvolvendo-se na justiça pátria o processo e os respectivos incidentes, não se podendo olvidar, outrossim, de eventuais tra-*

tados ou outras normas internacionais a que o país tenha aderido, nos termos dos artigos 1º do Código de Processo Penal e 5º, caput, do Código Penal. Doutrina. 3. No caso dos autos, inexiste qualquer ilegalidade na quebra do sigilo bancário dos acusados, uma vez que a medida foi realizada para a obtenção de provas em investigação em curso nos Estados Unidos da América, tendo sido implementada de acordo com as normas do ordenamento jurídico lá vigente, sendo certo que a documentação referente ao resultado da medida invasiva foi posteriormente compartilhada com o Brasil por meio de acordo existente entre os países. PEDIDO DE PRODUÇÃO DE DIVERSAS PROVAS. INDEFERIMENTO PARCIAL FUNDAMENTADO PELO MAGISTRADO DE ORIGEM. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. 1. (...). Habeas corpus não conhecido. ..EMEN: (HC 201200143771, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:03/12/2014 ..DTPB:.)

PENAL. PROCESSO PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. OPERAÇÃO DE CÂMBIO NÃO AUTORIZADA. GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. NULIDADES (LEI N. 7.492/86, ARTS. 4º, *CAPUT*, E 22, *CAPUT*). NÃO CONFIGURAÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RECONHECIMENTO ANTERIOR. 1(...) . *4. A documentação que instrui os autos foi obtida junto aos Órgãos americanos supramencionados, incluindo a Procuradoria dos Estados Unidos para o Distrito de Nova Jersey e a Promotoria Distrital de Nova Iorque, por meio de quebra dos sigilos bancários de inúmeras contas bancárias autorizadas pelo Juízo da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba (PR) e pela Justiça norte-americana, mediante a intermediação das autoridades centrais dos dois países no âmbito de cooperação jurídica internacional em matéria penal, por via do Mutual Legal Assistance Treaty - MLAT.* 5. (...). (ACR 00073421220094036181, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA - 1A. SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/05/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

APELAÇÃO CRIMINAL. DA INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DA LICITUDE DAS PROVAS. DA CONDUTA TÍPICA - ARTIGO 1º, DA LEI 8.137/90. DA DOSIMETRIA I.(...) *III. É fato incontroverso nos autos que as quebras de sigilo bancário de contas mantidas na agência do Banestado em Nova York e das contas Beacon Hill foram realizadas licitamente por ordem do Poder Judiciário norte-americano, sendo as informações daí decorrentes transmitidas às autoridades brasileiras, na forma prevista pelas normas de direito internacional. Tais informações revelaram que, em razão de uma engrenagem criminosa que operava um verdadeiro mercado financeiro paralelo, contas do Merchants Bank teriam recebido numerários (alguns possivelmente ilícitos) de contas mantidas na agência do Banestado em Nova York e das contas Beacon Hill, o que levou o MM Juízo da 2ª Vara Criminal Federal de Curitiba/PR a autorizar o "compartilhamento do material relativo ao Merchants Bank com a Receita Federal, Bacen e Coaf, para instruir as atividades específicas destas instituições" (decisão de fls. 69/72, datada de 27.04.2004). Duas dessas suspeitas remessas tiveram o réu como ordenante, conforme se extrai dos documentos de fls. 98/100 (relatório analítico que integra o laudo de exame econômico-financeiro de fls. 83/100). Por isso, em 20.12.2005 - portanto, após a autorização judicial de compartilhamento das informações obtidas junto às autoridades americanas -, a Receita Federal deu início a uma ação fiscal (fls. 105/107), a fim de que o réu prestasse esclarecimentos acerca dos depósitos realizados por sua ordem em conta bancária no exterior, já que os respectivos valores seriam incompatíveis com a sua renda declarada. Vê-se, assim, que a informação que deu ensejo ao presente feito - ter o réu figurado como um dos ordenantes de recursos para conta mantida no Merchants Bank - foi compartilhada após autorização judicial, em decisão devidamente fundamentada e amparada no fenômeno da serendipidade, o que, como visto, afasta as alegações do apelante no sentido de que houve extensão ilegal de quebra de sigilo bancário e de que, como ele*

> *não fez parte da investigação inicial, tratar-se-ia de inaceitável prova derivada.* (...) VIII. Apelação parcialmente provida. (ACR 00457190201140361 81, JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/02/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

No que se refere à competência do Juízo nacional, verifica-se que é competente para o processamento e conhecimento do feito a Justiça Federal de Primeiro Grau, razão pela qual não há que se falar em nulidade absoluta dos atos praticados pelo Juízo da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Curitiba-PR, eis que a competência em razão do local é relativa, sendo os atos praticados passíveis de ratificação pelo Juízo Competente, como ocorrido no caso concreto.

Nesse sentido, inclusive, já há decisão do Superior Tribunal de Justiça no caso concreto, quando determinou que a competência para o processamento e julgamento do presente feito seria da Justiça Federal de Primeiro Grau da Subseção Judiciária de São Paulo-SP (HC 95.059-PR), como se depreende do teor do acórdão da referida decisão, *in verbis*:

> ..EMEN: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. CONEXÃO PROBATÓRIA. INEXISTÊNCIA. DESNECESSIDADE DE ANULAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS. I - Inexistindo vínculo probatório com demais processos em trâmite, não ocorre a atração da competência por conexão probatória (precedentes). II - Não se tratando de incompetência absoluta, os atos anteriormente praticados podem ser ratificados pelo juízo competente (precedente). Ordem parcialmente concedida. ..EMEN: (HC 200702765728, FELIX FISCHER, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:09/12/2008 ..DTPB:.)

Tampouco há que se falar em nulidade em razão de uma quebra de sigilo global, considerando que a decisão que determinou o acesso aos dados bancários dos réus teve como objeto um relatório produzido pelas autoridades que conduziram as investigações, constando especificamente a denominada conta *Belém*, no *Merchant Bank of New York*, de titularidade dos ora apelantes (fls. 07, apenso I, vol. 1/2).

Por fim, não há que se falar em violação aos termos do tratado de cooperação internacional em matéria penal entre Brasil e Estados Unidos da América do Norte (MLTA) pela utilização indevida dos documentos compartilhados em processos distintos, eis que, como bem ressaltado pelo Juízo *a quo*, a presente ação penal tem como objeto os mesmo fatos investigados pelo Governo Norte Americano (Caso Nolasco) que, entretanto, devido ao vultoso número de possíveis envolvidos e a complexidade das operações financeiras ilícitas que vieram à tona, resultaram na propositura de diversas ações penais, em observância ao princípio da eficiência, do devido processo legal e da ampla defesa. Como consignado no *decisum* "Ocorre que a presente ação penal é mero desenrolar das investigações iniciadas no bojo da quebra de sigilo fiscal, conforme histórico longamente descrito anteriormente. Ora, é natural que as denúncias sejam oferecidas mediante seleção dos fatos e pessoas que apresentem conexão entre si (...)" (fls. 1274-v/1275)

Preliminares rejeitadas.

A autoria e a materialidade do delito restaram devidamente comprovadas através dos documentos traduzidos para língua portuguesa, onde exsurge bem demonstrada a titularidade da conta *Belém* por parte dos apelantes (fls. 243/285), do ofício emitido pelo Banco Central do Brasil (fls. 329), do termo de verificação fiscal da Secretaria da Receita Federal (fls. 389/422 e 425/459), pela cópia do cheque emitido em favor dos apelantes (fls. 631), dos documentos

comprobatórios da movimentação financeira *Merchants Bank of New York*, conta Belém (apenso II, volumes de 01 a 05), e dos Laudos de Exame Econômico Financeiro (fls. 109/117 e 242/245 do Apenso I, volume 2/2).

Inicialmente, no que se refere ao *caput e à primeira parte do parágrafo único do artigo 22, da Lei 7.492/86*, verifico que a existência da denominada conta *Belém*, mantida no *Merchants Bank of New York* e sua titularidade por parte dos apelantes é fato incontroverso nos autos.

Do mesmo modo, a vultosa movimentação financeira realizada na referida conta resta suficientemente comprovada nos autos, ressaltando que os Laudos de Exame Econômico Financeiro constantes de fls. 109/117 e 242/242, do volume 2, do apenso I, demonstram que houve a realização, no período investigado, de créditos no valor de US$ 16.424.816,01 (dezesseis milhões, quatrocentos e vinte e quatro mil, oitocentos e dezesseis dólares americanos e um centavo) e débitos no valor US$ 11.687.930,04 (onze milhões, seiscentos e oitenta e sete mil, novecentos e trinta dólares americanos e quatro centavos).

Por sua vez, como bem ressaltado pela sentença objurgada, a efetiva realização de operações "dólar cabo" pelos Apelantes exsurgem do conjunto probatório produzido nos autos, tendo o Juízo *a quo* considerado: "a) a manutenção de conta no exterior, controlada pelos acusados, com intensa e elevada movimentação perpetrada; b) a remessa e recebimentos de valores, por meio de tal conta, relacionadas com outros "doleiros"; c) manutenção de agência de turismo; d) a identificação de pessoas, arroladas como testemunhas de acusação, com fortes vínculos no exterior; e) a informação, fornecida por advogado dos acusados no exterior, de que atuariam em favor de seus clientes; f) a falta de declaração de tais valores às autoridades brasileiras competentes; e g) a falta de outra explicação por parte dos acusados a respeito das movimentações (...)" (fls. 1277verso).

De fato, após o início de investigações realizadas pelo Governo dos Estados Unidos da América do Norte, voltadas para coibir a prática de remessa ilegal de ativos, lavagens de capitais e outros delitos financeiros, verificou-se a existência de uma vultosa movimentação de valores em conta corrente mantida pelos apelantes no exterior, sem que houvesse qualquer declaração sobre a remessa de valores partindo do Brasil (fls. 108/109) e tampouco qualquer pronunciamento por parte da defesa a respeito da natureza das operações, que teriam originado referida movimentação, denotando-se claramente que a realização das operações em tela deu-se à margem do sistema financeiro nacional.

Ademais, ao se considerar o relacionamento da conta *Belém* com contas relacionadas a pessoas que comprovadamente operam como "doleiros" (v.g. fls. 115, apenso I, volume 2/2), assim como a manutenção de uma agência de turismo em território nacional, não há duvidas de que os apelantes, agindo fora do sistema financeiro nacional, efetivamente promoviam a evasão de divisas do território, de forma escritural, exsurgindo claramente a prática da atividade conhecida por "dólar cabo" ou "cabo".

Sobre a tipicidade da referida figura, transcrevo as seguintes decisões, *in verbis*:

> ..EMEN: RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. LEI N. 7.492/1986. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. DÓLAR-CABO. EVASÃO DE DIVISAS. FIDÚCIA. OPERAÇÃO DE CÂMBIO NÃO AUTORIZADA. TIPIFICAÇÃO. OCORRÊNCIA *IN CASU*. DOSIMETRIA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. *1. Conceitualmente, a denominada operação dólar-cabo envolve transações com moeda estrangeira à margem do*

conhecimento dos órgãos oficiais. Em outros termos, trata-se de um sistema alternativo e paralelo ao sistema bancário ou financeiro chamado de tradicional, de remessa de valores, por intermédio de um sistema de compensações, o qual tem por base a fidúcia. 2. As divisas circulam em um determinado território, sem entrar ou sair efetivamente de um país, de forma escritural, o que pode ocorrer das mais diversas formas. 3. Não se exige autorização específica para cada ato concreto de remessa, mas que as operações sejam efetuadas na forma dos atos normativos do Banco Central do Brasil, realizadas por meio de instituições autorizadas e com o registro no Sisbacen. 4. A venda de dólares para clientes brasileiros no mercado paralelo, como parte de um ciclo de lavagem de dinheiro, transitando pela conta dos denunciados no exterior, caracteriza o delito do art. 22, parágrafo único, 1ª parte, da Lei n. 7.492/1986. 5. (...) 7. Recurso especial improvido. ..EMEN: (RESP 201302254677, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:23/09/2014 ..DTPB:.)

PENAL. PROCESSO PENAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL. EMENDATIO LIBELLI. CONTRADITÓRIO. REDISTRIBUIÇÃO. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA RELATIVA ACOLHIDA. SUPERVENIÊNCIA DE INÉPCIA DA DENÚNCIA, NULIDADE DE TODAS AS DECISÕES E OFENSA AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. INEXISTÊNCIA. PROVA ILÍCITA. "OPERAÇÃO MACUCO". INSTRUÇÃO CRIMINAL REGULAR. VIDEOCONFERÊNCIA. OFENSA À GARANTIA DO JUIZ NATURAL. INEXISTÊNCIA. OPERAÇÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SEM AUTORIZAÇÃO. EVASÃO DE DIVISAS. GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. LAVAGEM DE CAPITAIS. 1. (...)*7. Está satisfatoriamente provado nos autos o delito de evasão de divisas resultante de operações chamadas "dólar-cabo", realizadas mediante relatada "triangulação" e compensações recíprocas entre "doleiros".* 8(...). (ACR 00089569120054036181, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA - 1A. SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/10/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. EVASÃO DE DIVISAS (OPERAÇÕES "DÓLAR-CABO"). COMPROVADAS A MATERIALIDADE E A AUTORIA DELITIVAS. PENA-BASE DO CORRÉU ÊNIO CORRETAMENTE APLICAÇÃO. APELAÇÕES DOS ACUSADOS DESPROVIDAS. SENTENÇA MANTIDA. EMENDATIO LIBELLI EMPRENDIDA DE OFÍCIO. 1- Comprovadas a materialidade e autoria delitivas de ambos os réus. *2- No caso, as seis transferências de valores ao exterior realizadas pelos acusados por meio da empresa Vercenzi mediante operações "dólar-cabo" têm o condão de configurar crime contra o sistema financeiro nacional, mesmo porque, conquanto não tenha sido feito o envio formal de recursos, as compensações financeiras entre os valores recebidos no Brasil e aqueles entregues no exterior - ou vice-versa - deveriam ter sido cursadas por meio de instituições financeiras habilitadas para tanto e mediante a correta identificação dos remetentes e beneficiários, o que não ocorreu. Não é por outra razão que as operações "dólar-cabo" caracterizam o delito previsto no artigo 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei nº7.492/86.* 3- (...). (ACR 00089351320084036181, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/10/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Por sua vez, o bem jurídico tutelado pela norma penal descrita no parágrafo único do artigo 22, da lei 7.492/89 é a "proteção da política e do mercado cambial brasileiros" (TRF3, HC 20070300036640-0/SP, Ramza Tartuce, 5ª T., u., 29.10.2007 *apud* Junior, José Paulo Baltazar; Crimes Federais; Livraria do Advogado; Oitava Edição; fls. 481), o qual foi efetivamente violado pela conduta do apelante, que fez transitar de forma alternativa ao sistema significativa quantia de valores, atentando contra a política de câmbio nacional.

Tampouco assiste razão à defesa no que se refere à necessidade de se aferir a existência de valores na conta bancária mantida no exterior, no dia 31 de dezembro de cada ano, para

que se considere típica a conduta descrita na *segunda parte do parágrafo único do artigo 22, da Lei 7.492/86*.

Ainda que o complemento da norma penal em branco descrita no parágrafo único, segunda parte, do artigo 22 da Lei 7.492/86, emitido pelo Banco Central do Brasil determine a obrigatoriedade de declaração de depósitos mantidos no exterior, no dia 31 de dezembro de cada ano, considerando ainda um valor mínimo para sua declaração (R$ 200.000,00 em 2001 - circular 3110 BACEN; R$ 300.000,00 em 2002 - circular 3181 BACEN e US$ 100.000,00 a partir de 2.003 - circular 3.225), no caso concreto resta patente a movimentação ininterrupta da conta bancária mantida no exterior pelos Apelantes de 20 de setembro de 2000 até 02 de agosto de 2002 (fls. 114, Apenso I, volume 1).

Nesses termos, verifica-se a tipicidade da conduta praticada pelos Apelantes, que mantiveram conta corrente no exterior, não declarada às autoridades competentes, recebendo depósitos no valor de US$16.424.816,01 dólares americanos e remetendo US$11.687.930,04 dólares americanos, ainda que, hipoteticamente, houvessem se utilizado do subterfúgio de desabastecer a conta no último dia do ano, considerando que resta inconteste que mantiveram os valores no exterior e em sua disponibilidade, no decorrer de quase 03 anos ininterruptos.

Nesse sentido já decidiu essa Egrégia Primeira Turma, *in verbis*:

> PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 7.492/86. MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NO EXTERIOR NÃO DECLARADOS AO BANCO CENTRAL DO BRASIL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO DIREITO À INTIMIDADE (ART. 5º, INCISO X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO ENTRE AS CONDUTAS PREVISTAS NAS LEIS NºS. 7.492/86 E 8.137/90. NÃO APLICAÇÃO. ART. 22 DA LEI Nº 7.492/86. NORMA PENAL EM BRANCO. REGRAMENTO POR CIRCULARES DO BACEN. INOBSERVÂNCIA DOS LIMITES TRAÇADOS PELAS CIRCULARES DO BACEN. CONDENAÇÃO MANTIDA. 1. Inexistência de violação, no caso, ao art. 5º, inc. X, da Constituição Federal de 1988, porquanto não há inconstitucionalidade no tipo em questão, podendo a lei exigir a declaração dos valores mantidos no exterior, sem que ocorra afronta ao direito de propriedade ou de locomoção, em relação à saída de bens do país, nos termos do inc. XV do art. 5º da Constituição Federal. 2. Reconhece-se também a plena vigência do art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86, uma vez que não foi ele derrogado pelo art. 1º da Lei nº 8137/90. 3. Com efeito, a norma prevista na Lei nº 7.492/86 tem por escopo a proteção do Sistema Financeiro Nacional, enquanto a Lei nº 8.137/90 está direcionada ao Sistema Tributário, tutelando bens jurídicos de naturezas distintas. 4. No que diz com o mérito propriamente dito da demanda, o acusado foi condenado, por força da sentença de primeiro grau, porquanto manteve depósitos na conta Ergus n. 60.68.90 no Delta National Bank - NY, entre 2001 e 2004, não declarados às autoridades brasileiras. 5. No ordenamento pátrio, existem uma autarquia e um órgão do Ministério da Fazenda que exigem que as pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no país declarem a existência de depósitos mantidos no exterior: o Banco Central do Brasil - Bacen (art. 1º do Decreto-lei nº 1.060, de 1969 c.c. Circular nº 2.911, de 29.11.2001, c.c. Circular nº 3.071, de 07.12.2001 e as que lhe sucederam) e a Secretaria da Receita Federal do Brasil - SRFB (art. 25, § 4º,da Lei nº 9.250/95; arts. 798 e 804 do Decreto nº 3.000, de 26.03.1999). 6. O voto do eminente relator, estribando-se no "norte do arcabouço infranormativo complementar da norma penal em branco acima delineado" -vale dizer, de normas complementares ao artigo 22 da Lei nº 7.492/86, considerou apenas os depósitos existentes "na data exata de 31 de dezembro de cada um dos períodos mencionados - conforme previsão das referidas normas complementares", para aferir se os limites estabelecidos na Circulares do Banco Central que elenca foram ultrapassados. *7. Ocorre que não é esse o espírito da norma traçada pelo artigo 22 da Lei nº 7.492/96. Esse artigo, embora reclame*

complementação - por ser norma penal em branco -, não faz qualquer alusão em termos de corte temporal, para o fim de consideração do quantum mantido em depósito no exterior. Apenas em seu caput tipifica "efetuar operação de câmbio não autorizada com o fim de promover evasão de divisas do País", para, no seu parágrafo único, enquadrar nesse tipo penal quem "promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente". 8. Conforme se percebe, na lei não há qualquer menção às datas em que essas operações financeiras e os consequentes depósitos no exterior foram feitos; e, aliás, nem poderia fazê-lo, pois o seu escopo, conforme reconhece a doutrina colacionada, é proteger o sistema tributário e as reservas cambiais do País, o que se tornaria inócuo, se considerado apenas os depósitos existentes em 31/12 de cada exercício fiscal, diante da possibilidade do estabelecimento de um verdadeiro trampolim, com o levantamento de tais depósitos nos dias que se aproximam do final do ano, com a volta deles logo no início do ano seguinte - o que, aliás, teria acontecido no presente caso, conforme notou o e. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA em seu voto divergente. 9. Assim, considero que as circulares do BACEN, em questão, apenas complementam o artigo 22 da Lei nº 7.492/86, no sentido de estabelecer limites para isenção da obrigação de comunicar àquela instituição a existência de depósitos no exterior, sendo que a data de "31 de dezembro do ano-calendário" serve para se fazer a conversão da moeda estrangeira, em Reais, para os fins a que se destina, inclusive de declaração de rendimentos, nos termos do § 4º do artigo 25 da Lei 9.250/95, também anteriormente transcrito. As comunicações à Receita Federal e ao Bacen, entretanto, devem ser feitas com base no maior volume de depósitos em moeda estrangeira mantido durante todo o ano, convertido pela cotação cambial do Real em 31/12. 10. No presente caso, conforme bem observado pelo MMº Juiz prolator da sentença, o exame dos documentos que constam dos autos - demonstrativos de transferências eletrônicas - (fls. 48/49 do apenso VI - 31/10/01 - fl.54, em 30/11/01, fl.56 em 31/12/01, fl.57 em 31/01/02, e dos demais documentos, todos encartados no volume VI do inquérito policial 9-0386/2009), mostra a existência de valores bastante superiores ao estabelecido nas Circulares e Resoluções poucos dias antes do ano base, momento em que os valores eram transferidos, retornando às contas poucos dias após a passagem do ano, fato que evidencia que em 31 de dezembro do ano base tais valores ainda se encontravam fora do país. 11. Desse modo, flagrante o estratagema adotado pelo acusado a fim de burlar, de camuflar o cometimento da infração, o que não pode beneficiá-lo, sob pena de abrir-se grave precedente para a impunidade. 12. Nesse passo, de relevo salientar-se que o crime em comento é permanente, porque prevê a modalidade de manter o depósito nas contas. A exemplo, cito as jurisprudências que a essa natureza se reportam (STJ HC 6.611, Felix Fischer, 5ª Turma, DJ 8/6/98; TRF3 AC200361810046790, Cotrim Guimarães, 2ª Turma, 2/3/2010) e assim considerando há que se ater ao cenário fático-jurídico mostrado pela universalidade dos depósitos, em sua visão conglobante. 13. Com relação à continuidade delitiva, é descabido falar-se em tal modalidade para o crime de evasão de divisas, tipificado no art. 22, parágrafo único, parte final, da Lei nº 7.492/86, eis que, segundo pacífico entendimento doutrinário, se trata de crime permanente (ACR nº2002.61.81.003540-4, *in* DJE de 05.03.2015). 14. Recursos improvidos. (ACR 00154780320074036105, JUIZ CONVOCADO RENATO TONIASSO, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/12/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Ademais, apenas a título de argumentação, cabe ainda ressaltar que os fatos descritos na denúncia se iniciaram em 20 de setembro de 2000, data anterior à edição da *Circular* nº *3071*, de 07 de dezembro de 2001, que só então passou a estabelecer critérios para a aferição da tipicidade (limites mínimos para a obrigatoriedade das declarações de depósitos mantidos no exterior), os quais não atingem fatos pretéritos, considerando sua natureza de norma excepcional, como ensina José Paulo Baltazar Júnior, em sua obra Crimes Federais, *in verbis*:

> (...)
> De outro lado, o aumento do valor mínimo para a declaração por alteração da norma complementar da regra penal em branco não torna lícitas as condutas praticadas quando vigorava limite inferior (TRF4, AC 200372000091189, Penteado, 8ª T., u., 30.9.09), uma vez que se trata de norma de natureza temporária (De Paula: 16).
> Nessa linha, consoante decidido pelo TRF4: "Até o advento da Circular do Banco Central nº 3.071/2001, havia discussão acerca da autoridade destinatária da declaração mas não quanto ao montante a ser declarado. Somente com a reformulação da política cambial é que o Banco Central passou a dispensar dados sobre os depósitos mantidos no exterior a partir de determinados valores (2001: R$ 10.000,00; 2002:R$ 300.000,00, e, desde 2003, US$ 100.000,00). Assim, não poderá cogitar de retroatividade desses limites para os fatos anteriores às respectivas circulares do BACEN, ante o caráter excepcional dessas normativas, devendo, pois, ser aplicada a regra da ultratividade, segundo a máxima tempus regit actum" (AC 200007100021894-0/RS, Paulo Afonso, 8ª T., u., 9.5.07. (*in* Junior, José Paulo Baltazar; Livraria do Advogado, oitava edição; 2012; fls. 491/492).

Mantenho, pois, a condenação do Apelante HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA, pela prática do delito descrito no artigo 22, da Lei 7.492/86 e seu parágrafo único, primeira e segunda partes.

Passo a analisar a dosimetria da pena imposta.

Na primeira fase de fixação da pena, verifico que as circunstâncias do delito se mostram extremante desfavoráveis ao apelante, considerando, como bem ressaltado pelo juízo de primeiro grau, a vultosa movimentação realizada pelo réu na conta bancária mantida no *Merchants Bank of New York* (créditos de US$16.424.81601e debitada em US$11.687.930,04) e o fato de que as atividades delituosas se estenderam, de maneira ininterrupta, por um longo lapso temporal (aproximadamente três anos), revelando uma intensa lesão ao bem jurídico tutelado e uma acentuada culpabilidade por parte do apelante que, progressivamente, teria efetuado operações de câmbio não autorizadas, promovido a saída de moeda ou divisa ao exterior sem autorização legal e lá mantido depósitos não declarados à repartição federal competente, razão pela qual mantenho a pena base em 04 (quatro) anos de reclusão, mas fixo a pena pecuniária em 60 dias multa, considerando a necessária proporcionalidade entre a pena restritiva de liberdade e a pena pecuniária, que torno definitivas, uma vez que ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes, causas de aumento ou diminuição.

Considerando que as circunstâncias judiciais do delito se mostram desfavoráveis ao apelante, mantenho o regime inicial de cumprimento de pena como o semiaberto, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Mantenho o valor unitário dos dias multa em dois salários mínimos, considerando o vulto das operações ilícitas como indicador da capacidade econômica do réu.

Presentes os requisitos constantes do artigo 44, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em: a) prestação pecuniária no valor de 20 (vinte) salários-mínimos, que destino à União Federal, e b) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, na forma a ser estabelecida pelo juízo da execução.

No que se refere à fixação de valores referentes à reparação do dano causado pelo ato ilícito, entendo que se mostra cabível, mesmo que não formulada a pretensão na denúncia ou em alegações finais.

Observo que nosso ordenamento, antes mesmo da alteração que adveio com a Lei nº 11.719/08 - modificadora do inciso IV do artigo 387 do CPP, estabelecendo a fixação de valor

mínimo para a reparação dos danos causados pela infração - previa que a sentença penal condenatória tornava certa, além da responsabilização criminal, também a responsabilização civil, conforme dispõe o art. 91, inc. I do CP, sendo certo que a novel lei apenas veio a trazer comando no sentido de que a sentença condenatória seja minimamente líquida. Não há necessidade de que o pedido seja expresso na denúncia ou reiterado em memoriais, já que a pretensão acusatória abrange igualmente a condenação de quantia líquida, em seu grau mínimo, em função do ato ilícito praticado.

Com efeito, o legislador, com a edição da Lei nº 11.719/08, ao alterar a redação do art. 387, IV, do CPP, e estabelecer que o juiz, ao proferir a sentença, "fixará o valor mínimo da reparação dos danos causados pela infração", integrou o disposto no art. 91, inc. I, do CP, que expressamente prevê como efeito da condenação o dever de reparação do dano.

Anteriormente à referida modificação legal a indenização decorrente da condenação criminal era totalmente ilíquida. Agora, passou a veicular certo grau de liquidez.

Sobre o tema, registro o posicionamento doutrinário de Walter Nunes da Silva Junior:

> Na mesma passada da justiça restaurativa, o legislador, agora se fazendo valer da Lei nº 11.719, de 2008, estabeleceu, como requisito essencial da sentença condenatória, a fixação de valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, tendo em consideração os prejuízos causados ao ofendido (art. *387* , IV, do CPP). Doravante, portanto, deve constar, da sentença condenatória, a fixação de valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, devendo o julgador levar em consideração os prejuízos sofridos pelo ofendido.
> (...)
> Tanto é assim, que, conforme se disse linhas acima, desde sempre, tanto o Código Penal, no art. 91, inciso I, como o Código de Processo Penal, com o art. 63, estabelecem, respectivamente, que a sentença condenatória torna certo o dever da reparação pelos danos causados e se apresenta como título executivo para fins de cobrança do valor na esfera cível.
> Por conseguinte, o nosso sistema normativo, mesmo antes da alteração advinda com a Lei nº 11.719, de 2008, previa que a sentença criminal, além de definir a responsabilidade penal, tornava certa, igualmente, a responsabilidade civil. A modificação trazida com a Lei em referência foi, apenas, em deixar expresso que, a partir de sua vigência, sendo a sentença criminal condenatória, em seu conteúdo, deve constar, obrigatoriamente, sob pena de a omissão desafiar a interposição do recurso de embargos de declaração, um valor mínimo para ressarcimento do dano ocasionado. Ou seja, agora se impõe que, em relação à condenação cível, a sentença tenha um mínimo de liquidez. Por conseguinte, a sentença penal que era, a esse respeito, ilíquida, agira terá de ser, necessariamente, pelos em parte, líquida.
> (Reforma Tópica do Processo Penal, ed. Renovar, 2009, p. 272)

Contudo, tal valor não inviabiliza, tampouco retira do réu, a prerrogativa de discussão na sede adequada, sendo certo que a cobrança do montante dependerá da instauração da respectiva ação executiva, perante o Juízo Cível, possibilitando o exercício de defesa com todos os seus consectários, incluindo a questão atinente ao valor da reparação.

Assim, é possível que na ação de execução, se esta vier a ser instaurada pela vítima, seja apurado outro valor de reparação - maior ou menor -, diverso daquele fixado pelo Juízo criminal, não se podendo olvidar, ainda, da possibilidade de se concluir pela inexistência de valor a ser indenizado.

Cumpre destacar que o parágrafo único acrescentado ao art. 63 do CPP, também pela Lei nº 11.719/2008, expressamente dispõe acerca da possibilidade de liquidação, perante o Juízo cível, com o objetivo de apurar o "dano efetivamente sofrido", demonstrando que a discussão

não se encerra no processo penal.

Nesse sentido destaco o precedente da Primeira Seção deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

> REVISÃO CRIMINAL. EVASÃO DE DIVISAS. PENA-BASE. MAJORAÇÃO SEM A DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PENA DE MULTA. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. VALOR MÍNIMO DE REPARAÇÃO DO DANO. REVISÃO QUE SE JULGA PARCIALMENTE PROCEDENTE. (...) 7 - Valor de reparação do dano. O legislador com a edição da Lei nº 11.719/08, ao alterar a redação do art. 387, IV, do CPP, e estabelecer que o juiz, ao proferir a sentença, "fixará o valor mínimo da reparação dos danos causados pela infração", integrou o disposto no art. 91, inc. I, do CP, que expressamente prevê como efeito da condenação o dever de reparação do dano. 8 - Contudo, tal valor não inviabiliza, tampouco retira do réu, a prerrogativa de discussão na sede adequada, sendo certo que a cobrança do montante dependerá da instauração da respectiva ação executiva, perante o Juízo Cível, possibilitando o exercício de defesa com todos os seus consectários, incluindo a questão atinente ao valor da reparação. 9 - O parágrafo único acrescentado ao art. 63 do CPP, também pela Lei nº 11.719/2008, expressamente dispõe acerca da possibilidade de liquidação, perante o Juízo cível, com o objetivo de apurar o "dano efetivamente sofrido", demonstrando que a discussão não se encerra no processo penal. (...) (RVC 00025040820104030000, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, TRF3 - PRIMEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/05/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

No mesmo sentido, o recente entendimento, por maioria, dessa Turma, de possibilidade de fixação de indenização mínima pela infração cometida (AC 2006.61.81.005020-4/SP - Rel. Hélio Nogueira - j. 15.05.18).

Mantida, portanto, a fixação do valor mínimo de indenização dos danos causados à União, nos termos do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, no patamar fixado pelo Juízo *a quo*, qual seja, 2,5% do valor total movimentado pelo réu (R$ 1.210.464,55).

Diante do exposto, de ofício, *considerando a prescrição da pretensão punitiva do Estado, reconheço a extinção da punibilidade do Réu FAUSTO LUIZ VAZ GUIMARÃES, pela prática do delito descrito no artigo 22, caput e seu parágrafo único, e do Réu HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA, pela prática do delito descrito no artigo 16, da Lei 7.492/86*, prejudicado o recurso da defesa nesses tópicos e dou *parcial provimento ao recurso interposto pela defesa de HELDER JOSÉ SIMÕES FRANCO TAVEIRA*, tão somente para fixar a pena pecuniária em 60 (sessenta) dias multa e, nos termos do artigo 44, do Código Penal, converter a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no que se refere à condenação pela prática do delito descrito no artigo 22, *caput* e seu parágrafo único, primeira e segunda partes, em duas restritivas de direitos, mantendo, quanto ao mais, a decisão de primeiro grau.

Nos termos do novel entendimento do STF (HC 126.292, ADCs 43 e 44), expeça-se de imediato a competente guia de execução para cumprimento das penas restritivas de direito aplicadas.

É como voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0002146-41.2009.4.03.6123
(2009.61.23.002146-7)

Apelante: RAIMUNDO ALVES JUNIOR
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO DE DIREITO DE BRAGANÇA PAULISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO
Classe do Processo: Ap. 62285
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/10/2018

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ARTS. 1º, II, E 2º, II, DA LEI Nº 8.137/1990). RECONHECIMENTO PARCIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO APLICAÇÃO DO ARTIGO 93, DO CPP. MATERIALIDADE E AUTORIA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 1º, II, DA LEI 8.137/90. COMPROVADAS. DOLO GENÉRICO. DOSIMETRIA. ADEQUAÇÃO DA PENA PRIVATIDA AOS CRITÉRIOS FIXADOS NA SENTENÇA. PRIMEIRA FASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. AJUSTE DA PENA DE MULTA À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CORRETA APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. MANUTENÇÃO DO VALOR UNITÁRIO DO DIA MULTA. POSSIBILIDADE DA FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL ABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DA REPARAÇÃO DOS DANOS. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO.
1. O delito de sonegação fiscal consuma-se quando, em decorrência das condutas previstas nos incisos I a V, resultar a supressão ou a redução do tributo devido, isto é, no momento em que ocorrer efetiva lesão à Fazenda Pública.
2. Com base na pena concreta aplicada do crime, está prescrita a pretensão punitiva estatal em relação apenas ao delito tipificado no artigo 2º, II, da Lei nº 8.137/90.
3. Não há que se falar em nulidade por falta de exame de corpo de delito direto (art. 564, III, "b" do CPP) quando a prova técnica não é exclusiva para demonstrar a materialidade das condutas, o que restou evidenciado pelo robusto conjunto probatório constante dos autos.
4. O ajuizamento de ação anulatória de crédito tributário não induz a necessidade de trancamento ou suspensão do processo criminal.
5. Materialidade e autoria. Configuração.
6. Para a configuração do delito do artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90 exige-se tão somente o dolo genérico, sendo dispensável um especial fim de agir.
7. Dosimetria. Correção de erro material contido na pena definitiva fixada para o delito previsto no artigo 1º, II, da Lei nº 8.137/90.
8. Pena-base. Manutenção do aumento em razão das consequências do crime. É idônea a fundamentação que leva em conta, na dosimetria da pena, o vultoso valor do débito tributário.
9. A doutrina e jurisprudência majoritárias orientam no cômputo da pena de multa deve ser observado o mesmo critério utilizado para o cálculo da pena corporal (art. 49 c.c art. 59, do Código Penal).

10. Manutenção do valor unitário dos dias-multa por se mostrar adequado à finalidade da pena e levar em consideração a situação econômica do réu.
11. Incide o aumento decorrente do instituto de continuidade delitiva quando o crime foi praticado em três anos-calendários.
12. Regime inicial aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade conforme artigo 33, §2º, c, do Código Penal.
13. Substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito (artigo 44, incisos I e III, do Código Penal).
14. A jurisprudência da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça determinam que, para a fixação na sentença do valor mínimo de reparação de danos deve haver pedido prévio e formal na denúncia, sob pena de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório.
15. Apelação da defesa provida em parte. Parecer ministerial acolhido.

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, *acolher o parecer* da Procuradoria Regional da República e *dar parcial provimento* à apelação de *Raimundo Alves Júnior para proclamar a prescrição da pretensão punitiva estatal em relação ao crime artigo 2º, II, da Lei nº 8.137/90,* prejudicadas as teses recursais sobre este delito, e para adequar a pena privativa de liberdade aos critérios utilizados na recorrida sentença, do que resulta a pena definitiva em *02 anos e 11 meses de reclusão, além de redimensionar a pena de multa ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor unitário fixado na sentença*, bem como para estabelecer o *regime inicial aberto*, substituindo a pena privativa de liberdade por 02 (duas) penas restritivas de direitos consistentes em *prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas* e *prestação pecuniária, no valor de 20 (vinte) salários mínimos,* destinada a entidade definida pelo Juízo da Execução, além de afastar a condenação do pagamento do valor de *R$ 2.062.812,09*, fixado pela sentença a título de reparação de danos causados pela infração penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 01 de outubro de 2018.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Trata-se de apelação interposta por *Raimundo Alves Júnior* em face da sentença de fls. 1.428/1.433, por meio da qual foi julgada procedente em parte a pretensão punitiva deduzida na inicial para condená-lo a cumprir 07 (sete) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de detenção, nos regimes, respectivamente, semiaberto e aberto, e a pagar 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, no valor unitário de 01 (um) salário mínimo vigente na data do fato, atualizado, pela prática dos fatos previstos como crime no artigo 1º, II, e artigo 2º, II, ambos da Lei nº 8.137/90, por fim, fixou o valor de R$ 2.062.812,09, atualizado, como o mínimo para a reparação dos danos causados pelas infrações, nos termos do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal.

Em suas razões recursais às fls. 1.437/1.452, a defesa, em relação ao crime previsto no artigo 1º, II, da Lei 8137/90, alega (a) cerceamento de defesa em virtude do indeferimento da perícia técnica contábil e fiscal na sede da empresa "Trindade" e do requerimento de diligências para comprovar e constatar o processo de fabricação de embalagens; (b) a acusação não se desincumbiu de provar a existência do crime; (c) aplicação do artigo 93, do CPP em face da ação anulatória autuada sob o nº 0000059-10.2012.4.03.6123, o que acarretaria a suspensão do feito. Já, em face do delito previsto no artigo 2º, I, da Lei nº 8.137/90, sustenta que (d) a conduta perpetrada configura crime impossível ante a inexistência de valores apropriados pelo apelante; (e) inexistência de dolo; (f) dificuldades financeiras perpetradas pela sociedade empresária caracterizam a excludente de inexigibilidade de conduta diversa e (g) irregularidades realizadas pelo agente fiscal no procedimento administrativo. De modo geral, aduz (h) negativa de autoria, pois não era o único responsável pela contabilidade da empresa, atribuindo a responsabilidade ao contador; (i) reconhecimento da prescrição virtual dos delitos em tela; (j) afastamento da obrigação de pagar os dias multa e a reparação dos danos; (k) adequação da pena ao sistema trifásico aplicado na sentença, redução da pena privativa de liberdade ao mínimo legal e da pena de multa, inclusive do valor unitário; não incidência da continuidade delitiva; aplicação do artigo 44, do CP e fixação do regime aberto.

Contrarrazões apresentadas às fls. 1.455/1.459.

Em parecer acostado às fls. 1.461/1.464, a Procuradoria Regional da República opina pela adequação da pena à fundamentação e às fases especificadas na sentença, assim como decreto de prescrição para conduta tipificada no artigo 2º, II, da Lei nº 8.137/90 em razão da pena em concreto aplicada.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Raimundo Alves Júnior foi denunciado pela suposta prática das condutas tipificadas nos artigos 1º, I e II, e 2º, II, ambos da Lei nº 8.137/90, combinados com os artigos 69 e 71, ambos do Código Penal, porque, na qualidade de administrador da empresa Indústrias Raymounds Ltda., suprimiu e reduziu tributos, mediante a omissão de informações às autoridades fazendárias e fraude à fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos em documentos exigidos pela lei fiscal, bem como deixou de recolher, no prazo legal, valor de tributo descontado ou cobrado, como sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos.

Narra a exordial que, primeiro, "*constatou-se que o denunciado creditou o valor do IPI destacado em notas fiscais emitidas pela empresa Trindade Indústria e Comércio Ltda, no período de maio a outubro de 2002, aproveitando-se desses valores para compensar débitos de tributos e contribuições sociais, bem como integrar seu valor ao custo dos produtos vendidos no ano-calendário de 2002, exercício de 2003, fato originário da redução de imposto de renda de pessoa jurídica*".

Não houve a comprovação do efetivo pagamento dos valores consignados nos respectivos documentos fiscais, concluindo a auditoria tratar-se de "documentos de favor".

Segundo, "*no ano-calendário de 2002, omitiu receitas caracterizadas pela manutenção*

no passivo de obrigações já pagas (passivo fictício) e omissão de compras, cujos elementos foram obtidos junto a fornecedores circularizados e confrontados com a escrituração contábil da empresa".

Terceiro, "*nos anos-calendários de 2003 e 2004, declarou, em DCTF, valores inferiores àqueles apurados em sua escrita fiscal e contábil, relativos à contribuição do Programa de Integração Social e COFINS, bem como procedeu a sua compensação utilizando créditos apurados".*

Quarto, "*no ano-calendário de 2006, pretendeu utilizar-se de créditos de outra pessoa jurídica, no valor de R$ 162.316,43, para compensação de débitos apurados, vencidos entre abril e julho de 2006, formalizados por meio de Declaração de Compensação, tendo a ação fiscal constatado que tais débitos não eram passíveis de compensação*".

Quinto, o denunciado deixou de efetuar pagamentos *"relativos aos valores retidos de pessoas físicas (trabalho assalariado) e pessoas jurídicas (prestação de serviço), referentes ao Imposto de Renda Retido na Fonte e informados na DCTF, no período de janeiro do ano-calendário de 2006 até junho do ano-calendário de 2007.".*

Concluiu-se que, em razão de tais práticas, houve a supressão de tributos e contribuições sociais nos montantes de: R$ 1.393.418,55, relativo ao IRPJ; R$ 27.808,19, relativo ao PIS; R$ 94.436,53, relativo à COFINS; R$ 547.148,82, relativos à CSLL; R$ 28.207,40, relativos ao IRRF; R$ 747.124,13, relativos ao PIS; e R$ 5.211.518,93, relativos à COFINS.

A denúncia foi recebida em 13.11.2009 (fl. 407).

Após regular processamento do feito, sobreveio a sentença de fls. 1.428/1.433, publicada em 27.02.2015 (fl. 1.434), na qual foi julgada procedente em parte a pretensão punitiva deduzida para condená-lo a cumprir 07 (sete) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de detenção, nos regimes, respectivamente, semiaberto e aberto, e a pagar 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, no valor unitário de 01 (um) salário mínimo vigente na data do fato, atualizado, pela prática dos fatos previstos como crime no artigo 1º, II, e artigo 2º, II, ambos da Lei nº 8.137/90, por fim, fixou o valor de R$ 2.062.812,09, atualizado, como o mínimo para a reparação dos danos causados pelas infrações, nos termos do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal.

É necessário registrar que a quarta conduta referente à compensação de créditos de outra pessoa jurídica no ano calendário de 2006 foi considerada atípica pela decisão ora recorrida.

Passo às matérias devolvidas.

A defesa pleiteia o reconhecimento da prescrição virtual dos delitos em tela.

A prescrição antecipada ou virtual, que é calculada com base na pena em perspectiva, não encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro.

O reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa pressupõe a existência de sentença ou acordão condenatório, com trânsito em julgado para a acusação.

Destaca-se que a respeito do reconhecimento da prescrição ficta deve-se aplicar ainda o entendimento pacífico dos Tribunais Superiores no sentido de que não há previsão legal para tal finalidade, tanto que sobre o assunto encontra-se o teor da súmula 438 do STJ, *in verbis*:

> É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal. (Súmula 438, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010)

A Procuradoria Regional da República opina pela decretação da prescrição para conduta tipificada no artigo 2º, II, da Lei nº 8.137/90 em razão da pena em concreto aplicada.

É procedente nesse ponto.

Infere-se que houve trânsito em julgado da sentença para a acusação, razão pela qual para fins prescricionais deve ser considerada a pena aplicada em concreto.

Isto porque, nos termos dos §§1º e §2º do artigo 110 do Código Penal, na redação anterior à publicação da Lei nº 12.234/2010, a prescrição, após a sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, é regulada com base na pena concretamente aplicada, podendo o termo inicial ser data anterior ao recebimento da denúncia.

Ainda, segundo o artigo 109 do Código Penal, no caso de concurso de crimes ou continuidade delitiva, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.

Em face do enunciado da Súmula nº 497 do Supremo Tribunal Federal, quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação delitiva.

Assim, para efeitos de contagem do prazo prescricional, considera-se a pena fixada na sentença, 08 meses de detenção, excluído o acréscimo da continuidade delitiva.

No caso, o prazo prescricional é de 02 (dois) anos, a teor do artigo 109, inciso VI, do Código Penal, redação original.

No particular, mesmo com o sobrestamento do feito entre o período de 15.08.2011 (fl. 908) a 23.06.2014 (fl. 1.391) em virtude da informação de que a empresa em questão administrada pelo apelante teria inserido os créditos tributários no regime de parcelamento, é possível observar que ao desconsiderar tal período, entre a denúncia, recebida em 13.11.2009 (fl. 407), e a publicação da sentença em 27.02.2015 (fl. 1.434), houve transcurso de prazo superior a 02 (dois) anos.

É de rigor reconhecer a prescrição da pretensão punitiva em relação apenas ao delito tipificado no artigo 2º, II, da Lei nº 8.137/90.

Registro que as alegações defensivas a respeito deste crime como configuração do crime impossível, inexistência de dolo, configuração da excludente de inexigibilidade de conduta diversa e irregularidades realizadas pelo agente fiscal no procedimento administrativo restam prejudicadas em face do reconhecimento da prescrição.

Em relação ao crime previsto no artigo 1º, II, da Lei nº 8.137/90, a defesa alega cerceamento de defesa em virtude do indeferimento da perícia técnica contábil e fiscal na sede da empresa "Trindade" e do requerimento de diligências para comprovar e constatar o processo de fabricação de embalagens. Além da produção insuficiente de provas em relação à materialidade do delito e aplicação do artigo 93, do CPP em face da ação anulatória autuada sob o nº 0000059-10.2012.4.03.6123, o que acarretaria a suspensão do feito.

Não lhe assiste razão.

A defesa do réu requereu a realização de perícia para demonstrar que as matérias primas adquiridas da sociedade empresária "Trindade Indústria e Comércio" foram utilizadas em seu processo produtivo, o que afastaria a conclusão de "documentos de favor" em razão de ter creditado o valor do IPI destacado em notas fiscais emitidas no período de maio a outubro de 2002, aproveitando-se desses valores para fins de tributação de débitos de tributos e contribuições sociais administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, bem como integrando o seu valor ao custo dos produtos vendidos no exercício financeiro de 2003, o que gerou a redução do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica.

Segundo o relatório fiscal, o contribuinte foi devidamente intimado para "*informar e detalhar a aplicação do produto adquirido no processo de fabricação, além de comprovar o efetivo pagamento dos valores dos documentos fiscais*", contudo, quedou-se inerte, o que ocasionou na conclusão de que se tratava de "*documentos de favor*".

Com razão o magistrado ao decidir que "*Nos termos do já decidido às fls. 771, a questão discutida na espera cível não constitui óbice ao prosseguimento da presente ação penal, motivo pelo qual indefiro o requerido pela defesa em relação à suspenção do presente feito, nos termos do art. 93 do CPP. Indefiro, também, a realização da perícia contábil. Com efeito, a denúncia encontra-se alicerçada em Representação para Fins Penais, lavrada pela Delegacia da Receita Federal e a defesa não apontou circunstância capaz de afastar a presunção de legitimidade e veracidade do procedimento administrativo.*" (fl. 1.399).

Ademais, os documentos que poderiam comprovar a utilização dos insumos estavam em posse do apelante.

Registre-se que a aferição da necessidade da produção da prova é mister do juiz da causa, que tem ampla visão sobre o desenrolar da ação penal. O juiz é o destinatário das provas e tem o dever de indeferir as inúteis e meramente protelatórias.

Portanto, não se demonstrando a imprescindibilidade do deferimento, não há que se falar em cerceamento de defesa.

Considerando-se que os documentos que compõem os processos administrativo-fiscais são suficientes à comprovação da materialidade delitiva que, neste caso, prescinde da realização de perícia técnica, não procede a alegação de nulidade processual pleiteada pela defesa.

Não há que se falar em nulidade por falta de exame de corpo de delito direto (art. 564, III, "b" do CPP) quando a prova técnica não é exclusiva para demonstrar a materialidade das condutas, o que restou evidenciado pelo robusto conjunto probatório constante dos autos.

Sustenta a defesa a necessidade de suspensão, nos termos do artigo 93, do CPP, dos presentes autos em razão da existência de ação anulatória do lançamento fiscal sob nº 0000059-10.2012.4.03.6123, pendente de julgamento.

Convém ressaltar que a existência formal e definitiva do crédito tributário é suficiente para o oferecimento da denúncia e processamento da ação penal, bem como o ajuizamento de ação anulatória de crédito tributário não induz a necessidade de trancamento ou suspensão do processo criminal.

No caso dos autos, a denúncia foi oferecida quando já encerrado o procedimento administrativo fiscal e constituído o crédito tributário e, portanto, atendeu o requisito da procedibilidade da ação penal. Ainda, ao consultar a situação da demanda anulatória, a apelação interposta pelo ora réu foi negada provimento.

Saliento, por oportuno, que se aplica o mesmo entendimento para o pleito em relação aos embargos à execução nº 1001118-19.2018.8.26.0695, noticiados na petição de fls. 1.470/1.475.

Esclareço que a sentença cível que desconstitui o crédito tributário para ter repercussão na esfera penal precisa, ao menos, de confirmação nas instâncias ordinárias, eis que o efeito suspensivo é inerente à eventual apelação interposta e, ainda, em regra, o reexame necessário é condição de eficácia das decisões proferidas em desfavor da Fazenda Pública.

De sorte que somente se estivesse diante da pendência de eventual interposição de recursos extraordinários, seria possível cogitar repercussão no âmbito penal, pois não conduzem à suspensão dos efeitos da sentença favorável ao contribuinte.

Inaplicável, no caso, o artigo 93, do CPP.

Descabe a alegação de que a acusação não se desincumbiu de provar a existência do crime.

A materialidade do delito estabelecido no artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90 restou comprovada pelos documentos constantes dos Procedimentos Administrativos Fiscais nº 13839.005395/2007-19; nº 13839.005403/2007-19 e nº 13839.005401/2007-20, especialmente: a) Termo de início da ação fiscal; b) Cópia das notas fiscais consideradas inidôneas; c) Cópia do Termo de Retenção das Notas Fiscais consideradas inidôneas; d) Cópia do Termo de Solicitação de esclarecimentos sobre Notas Fiscais inidôneas; e) Cópia do Livro Razão nº 02; f) Cópia dos documentos de circularização junto aos fornecedores; g) Cópia do recibo de entrega da DIPJ 2003 - Declaração de informações Econômico Fiscais da Pessoa jurídica, referente ao ano calendário de 2002; h) Cópia das informações da DIPJ utilizadas na apuração do auto de Infração referente ao ano calendário de 2002; i) Cópia do recibo de entrega da DIPJ 2004 - Declaração de informações Econômico Fiscais da Pessoa jurídica, referente ao ano calendário de 2003; j) Cópia das informações da DIPJ utilizadas na apuração do Auto de Infração referente ao ano-calendário de 2003; k) Cópia do recibo de entrega da DIPJ 2005 - Declaração de informações Econômico Fiscais da Pessoa jurídica, referente ao ano calendário de 2004; l) Cópia das informações da DIPJ utilizadas na apuração do Auto de Infração referente ao ano-calendário de 2004; m) Termos de intimações fiscais; n) Termo de constatação fiscal; o) Cópias dos autos de infrações e demonstrativos de apuração dos tributos; p) Termo de encerramento; q) Cópia da última alteração contratual; r) Cópia da Declaração de Imposto de Renda - Pessoa Física - do sócio-gerente, Sr. Raimundo Alves Araújo (2002 - 2005); s) Ficha cadastral JUCESP (fls. 379/380); t) Acórdãos n. 14-20.766 (fls. 282/285 - PAF 13839.005401/2007-20, PIS 2003/2006), 14.20.767 (fls. 295/298, PAF nº 13839.005403/2007-19, COFINS 2003/2006), 14.20.066 (fls. 311/317, PAF 13839.005395/2007-19, IRPJ e tributação reflexa, 2002/2005), da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto (SP), com julgamento procedente dos lançamentos; u) inscrição em dívida ativa da União em 16.03.2009 (PAF 13839.005395/2007-19; 13839.005403/2007-19 e 13839.005401/2007-20).

O PAF nº 13839.005395/2007-19 concluiu pela omissão de receitas caracterizada por passivo fictício e por não contabilização de custos, além da glosa de custos, baseados em notas fiscais consideradas inidôneas e de prejuízos fiscais, após a reversão do salto resultante do lançamento das demais infrações (pontos 1 e 2 da denúncia).

No que se refere à primeira imputação, a supressão de valores relativos ao Imposto de Renda Pessoa Física e seus reflexos em decorrência da utilização pelo acusado dos valores creditados a título de IPI, sem comprovação da aquisição e emprego das respectivas matérias primas no processo produtivo, para compensação de tributos federais, restou plenamente comprovada pelos documentos acima citados, os quais não foram ilididos pela parte apelante.

Como bem salientou o juízo sentenciante, "*a perícia na empresa vendedora, com a finalidade de apurar pagamentos de comprador, é absolutamente inidônea, pois, se o comprador efetivamente levou a efeito as quitações, tem os recibos ou extratos bancários para comprová-los perante o órgão fiscal*".

Já a segunda, ainda em relação ao ano-calendário de 2002, restou devidamente provado que o contribuinte praticou omissão de receitas, em virtude da manutenção no passivo de obrigações já pagas, referentes às empresas Cebal Brasil Ltda. e Dixie Toga NE S/A. Além disso, não escriturou como compras a nota fiscal nº 110201, emitida pela empresa Dixie Toga, no valor de R$ 43.436,14, conforme descreve o Termo de Constatação Fiscal de fls. 108/111.

O crédito tributário apurado corresponde ao valor principal, excluídos juros e multa, de R$ 541.601,92, referente ao ano calendário 2002, (IRPJ, R$ 366.236,69; PIS, R$ 8.405,81; CSLL, R$ 138.578,02 e COFINS, R$ 28.381,40).

Ainda, nos anos-calendários de 2003 e 2004, declarou, em DCTF, valores inferiores àqueles apurados em sua escrita fiscal e contábil, relativos à contribuição do Programa de Integração Social e COFINS, bem como procedeu a sua compensação utilizando créditos apurados, o que gerou a sonegação dos tributos nos valores de R$ 770.507,47, ano calendário 2003 (PIS, R$ 131.545,03 e COFINS, R$ 638.962,44) e de R$ 678.525,32 (PIS 78.283,93 e COFINS, R$ 600.241,39), ano calendário 2004, conforme os PAF nº 13839.005401/2007-20 e PAF nº 13839.005403/2007-19.

Constituído o crédito tributário, qualquer questionamento acerca da higidez do lançamento deverá ser apreciado pela autoridade administrativa ou judicial competente para a revisão ou anulação deste ato, sobretudo frente à presunção de legitimidade que se confere ao ato administrativo de lançamento.

Resta claro que incidiu o acusado, diante da inserção de elementos inexatos em documentos fiscais, no preceito proibitivo do artigo 1º, II, da Lei nº 8.137/90.

A defesa, ainda, nega a autoria delitiva, pois sustenta que o apelante não era o único responsável pela contabilidade da empresa, atribuindo a responsabilidade ao contador.

Contudo, a autoria de Raimundo também ficou devidamente comprovada.

Conforme se extrai do Contrato Social - Ficha Cadastral Completa da JUCESP da pessoa jurídica (fls. 379/398), o réu era o único responsável pela gerência e administração da mesma (cláusula 6º).

A testemunha Daniela Souto Ferri Andreotti, mídia, fl. 1.236, narra que trabalhou na empresa do réu no período de 2001 a 2007, que a empresa tinha uma contabilidade externa, basicamente separava toda a documentação relativa às entradas e às saídas e remetia para o contador externo. Após certo período, o contador devolvia todas as documentações, bem como os livros fiscais que eram arquivados na própria empresa. Ainda, ressalta que os sócios, Raimundo e João Carlos eram responsáveis por tratar dos assuntos relacionados à contabilidade.

Em seu interrogatório (mídia, fl. 893), o réu, de início, relata que em relação à segunda conduta descrita, realmente não apresentou as notas pagas ao fiscal, pois apesar de ter utilizado das notas, não haviam sido pagas aos fornecedores, Cebal Brasil e Dixie Toga. Apesar de salientar que não tinha conhecimento técnico para esclarecer sobre as relações tributárias da empresa, contou que Eliana era a contadora que realizava uma contadoria interna e depois ele remetia a documentação para uma empresa de contabilidade terceirizada para efetuar as compensações. Explicou, ainda, que a sua empresa colocava no programa do "Excel" as informações relativas aos créditos e aos débitos e remetiam para o escritório externo realizar a compensação.

Analisando o arcabouço probatório, fica claro que o acusado era efetivamente o administrador da empresa, sendo o responsável por suas decisões à época dos fatos.

Não obstante a defesa impute a autoria delitiva a um terceiro, não carreou nos autos qualquer elemento que corroborasse para sua versão, não apresentando nenhum recibo ou documento atestando a relação.

Não é crível atribuir a responsabilidade ao contador, afinal, não é razoável que o contador pratique atos administrativos relacionados a uma empresa sem o conhecimento ou consentimento real de seu administrador, ainda, mais quando isso gerar o benefício unilateral de vultosa cifra somente a pessoa jurídica. E ficou patente das provas colhidas nos autos que o trabalho do escritório de contabilidade refletia a documentação fornecida pela empresa.

De maneira que não se desvencilhou de seu ônus de provar o alegado, nos termos do

artigo 156 do Código de Processo Penal.

Aqui, a absolvição lastreada por ausência de dolo não é sustentável. Para a configuração do delito do artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90 exige-se tão somente o dolo genérico, sendo dispensável um especial fim de agir.

Basta, assim, a existência de omissão na prestação de informação devida à autoridade fazendária que culmine a redução do tributo.

Também não se faz necessária a comprovação do ânimo de apropriação, ou seja, da intenção de ter a coisa para si (*animus rem sibi habendi*); de modo que é suficiente a existência do dolo genérico de deixar de prestar informação ao fisco ou omitir operação de qualquer natureza.

Não é possível extrair dos autos a ausência de dolo ou mesmo a insuficiência probatória da sua existência.

Assim, comprovadas a materialidade e a autoria delitivas e demonstrada a existência do dolo, mantenho a condenação pelo cometimento do delito estabelecido no artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90.

Na dosimetria, a defesa requer a adequação da pena ao sistema trifásico aplicado na sentença, redução da pena privativa de liberdade ao mínimo legal, afastamento da obrigação de pagar os dias multa ou a redução da pena de multa, inclusive do valor unitário. Aduz, ainda, a desconsideração da continuidade delitiva; fixação do regime aberto e aplicação do artigo 44, do CP. Pleiteia a não incidência da obrigação de reparação dos danos.

A Procuradoria Regional da República opinou pela adequação da pena privativa de liberdade com os critérios utilizados pela própria sentença.

Neste ponto, o juízo sentenciante assim procedeu:

> ... Passo a aplicar a pena.
> *1ª Fase*: Atento às circunstâncias expressas no artigo 59 do Código Penal, considero que apenas o elevado montante dos tributos suprimidos - cerca de R$ 2.000.000,00 - apresenta-se desfavorável ao acusado, motivo pelo qual fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e multa de 50 (cinquenta) dias-multa para cada crime do artigo 1º, I, da Lei nº 8.137/90, e em 8 (oito) meses de detenção e 50 (cinquenta) dias-multa pra o crime do artigo 2º, II, da mesma lei.
> *2ª Fase*: Não reconheço a presença de agravantes ou atenuantes Assim, a pena permanece a pena-base.
> *3ª Fase*: Não reconheço a presença de causas de diminuição ou aumento de pena, motivo pelo qual torno definitiva a pena-base para cada crime.
> Havendo continuidade delitiva e concurso material de crimes e não se tratando de processos distintos, pertinente a unificação das penas nesta oportunidade.
> Relativamente aos fatos do artigo 1º, II, da Lei nº 8.137/90, praticados em continuidade delitiva, aplico a pena de um só deles, a qual acresço de 1/6, totalizando 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão.
> Com referência aos fatos do artigo 2º, II, da mesma lei, praticados igualmente em continuidade, aplico a pena de um só deles, a qual acresço de 1/3, considerada a extensão da série delitiva, totalizando 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de detenção.
> Somando-se as penas dos crimes por força do concurso material, tem-se o total de 07 (sete) anos e 11 (onze) meses de reclusão pelas condutas, inclusive a perpetrada em continuidade, previstas como crime no artigo 1º, II, da Lei nº 8.137/90, acrescido de 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de detenção pelos fatos previstos como crime no artigo 2º, II, da mesma lei.
> A pena de multa, a teor do artigo 72 do Código Penal, deve ser aplicada distinta e integralmente no concurso de crimes e, resultando da soma patamar superior a 360 dias-multa, estabeleço-a

nesta quantidade (CP, artigo 49, *caput*).
Tendo em vista a qualificação profissional do acusado, fixo o valor de cada dia-multa em 1 (um) salário mínimo vigente na época do fato.
Estabeleço o regime semiaberto para cumprimento da pena de reclusão, nos termos do artigo 33, 2º, "b", do Código Penal, e o regime aberto para o cumprimento da pena de detenção, na forma do artigo 33, *caput*, e 2º, "a", do mesmo Código.
Diante da quantidade de pena aplicada, não é cabível a sua substituição por penas restritivas de direitos (CP, artigo 44).

Primeiro ponto a ser abordado é que há um erro material na sentença, pois onde se lê "Somando-se as penas dos crimes por força do concurso material, tem-se o total de 07 (sete) anos e 11 (onze) meses de reclusão pelas condutas, inclusive a perpetrada em continuidade, previstas como crime no artigo 1º, II, da Lei nº 8.137/90, (...)", leia-se "(...) total de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão (...)".

Em razão do reconhecimento da prescrição relativa ao artigo 2º, II, da Lei 8.137/90, a análise da dosimetria restará restrita a pena aplicada ao delito previsto no artigo 1º, II, da Lei nº 8.137/90.

O magistrado de primeira instância valorou negativamente as circunstâncias relativas às consequências da sonegação e aumentou a pena-base para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e multa de 50 (cinquenta) dias multa.

As consequências do crime, de fato, merecem ser sopesadas com valoração negativa, ao considerar o principal do crédito tributário sonegado, excluídos juros e multa, o que corresponde ao *valor de R$ 541.601,92*, ano calendário 2002, referente às condutas 1 e 2 descritas na denúncia do PAF nº 13839.005395/2007-19 (IRPJ, R$ 366.236,69; PIS, R$ 8.405,81; CSLL, R$ 138.578,02 e COFINS, R$ 28.381,40), bem como ao valor de *R$ 770.507,47*, ano calendário 2003 (PIS, R$ 131.545,03 e COFINS, R$ 638.962,44) e ao montante de *R$ 678.525,32* (PIS 78.283,93 e COFINS, R$ 600.241,39), ano calendário 2004, relativa a conduta 3 descrita na exordial, PAF nº 13839.005401/2007-20 e PAF nº 13839.005403/2007-19.

A pena de multa autônoma deve ser aplicada em proporcionalidade quanto à pena privativa de liberdade adotada (art. 49 c.c. art. 59, do Código Penal), mas isto não foi observado na r. sentença.

A pena de multa está prevista no preceito secundário do tipo e não pode ser excluída à margem da legalidade.

Assim, mantenho a fração de aumento da pena-base para *1/4 (um quarto)* acima do mínimo legal, patamar que reputo razoável e proporcional, o que culmina em *02 (dois) anos, 06 (seis) meses de reclusão e a pena de multa em 12 (doze) dias-multa.*

Ausência de insurgência na segunda fase.

Na terceira fase, não cabe qualquer alteração em relação ao aumento em razão da continuidade delitiva na fração de 1/6 (um sexto), eis que o juízo sentenciante aplicou corretamente a exasperação ao considerar que o crime foi praticado em três anos-calendário (2002/2003/2004).

Nos crimes contra a ordem tributária, considera-se cada ano-fiscal em que houve omissão de tributos como um delito, pois "*tratando-se de supressão de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e tributação reflexa devem ser considerados os exercícios financeiros, não as sonegações mês a mês, para fins de aplicação da continuidade delitiva.*" (TRF4, ACR 5003308-80.2010.404.7009, DJe 30/11/11).

Assim, com correção do erro material, a *pena definitiva privativa de liberdade de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e o pagamento de 12 (doze) dias-multa.*

O valor unitário dos dias-multa de um salário mínimo deve ser mantido por se mostrar adequado à finalidade da pena e levar em consideração a situação econômica do réu.

Para a fixação do regime prisional, devem ser observados os seguintes fatores: a) modalidade da pena privativa de liberdade, ou seja, reclusão ou detenção; b) quantidade de pena aplicada; c) caracterização ou não da reincidência e d) circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, nos termos do art. 33, do CP.

Aqui, a circunstância negativamente valorada na primeira fase da dosimetria (consequências do delito) tem natureza objetiva e não impede a fixação de regime prisional mais benéfico, uma vez que as circunstâncias subjetivas são favoráveis.

Com efeito, considerando que as circunstâncias judiciais subjetivas do réu (antecedentes, conduta social, personalidade e motivo do crime) não foram valoradas negativamente e tendo em vista a quantidade de pena fixada (*02 anos e 11 meses de reclusão*), fica estabelecido o *regime aberto* para início de cumprimento de pena.

Presentes os requisitos do artigo 44, "caput", e 2º, do Código Penal, deve a pena privativa de liberdade ser substituída por duas penas restritivas de direitos, a saber: (a) prestação pecuniária a entidade pública ou privada com destinação social, no valor de 20 (vinte) salários mínimos, nos termos do artigo 45, §§1º e 2º, do Código Penal e (b) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, nos termos do artigo 46 do mesmo diploma legal. As penas restritivas de direitos deverão ser cumpridas na forma a ser definida pelo Juízo da Execução.

Sobre o afastamento do valor mínimo fixado para reparação do dano.

Neste ponto, destaco que a jurisprudência da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça determinam que, para a fixação na sentença do valor mínimo de reparação de danos (art. 387, IV, do CPP), deve haver pedido prévio e formal na denúncia, sob pena de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como que tal regra não se aplica aos delitos praticados antes da vigência da Lei nº 11.719/08 (*STF, ARE 694.158, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25/03/14 e STJ, REsp 1206635/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 02/10/12*).

No caso dos autos, não há pedido expresso do Ministério Público Federal na inicial acusatória, razão pela qual, *afasto da condenação o pagamento do valor de R$ 2.062.812,09, fixado pela sentença a título de reparação de danos causados pela infração penal.*

No mais, mantida a sentença.

Ante o exposto, *acolho o parecer* da Procuradoria Regional da República e *dou parcial provimento* à apelação de *Raimundo Alves Júnior para proclamar a prescrição da pretensão punitiva estatal em relação ao crime artigo 2º, II, da Lei nº 8.137/90,* prejudicadas as teses recursais sobre este delito*, e* para adequar a pena privativa de liberdade aos critérios utilizados na recorrida sentença, do que resulta a pena definitiva em *02 anos e 11 meses de reclusão, além de redimensionar a pena de multa ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor unitário fixado na sentença*, bem como para estabelecer o *regime inicial aberto*, substituindo a pena privativa de liberdade por 02 (duas) penas restritivas de direitos consistentes em *prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas* e *prestação pecuniária, no valor de 20 (vinte) salários mínimos,* destinada a entidade definida pelo Juízo da Execução, além de afastar a condenação do pagamento do valor de *R$ 2.062.812,09*, fixado pela sentença a título de reparação de danos causados pela infração penal.

É como voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW:

Inicialmente, cumpre registrar o respeito e admiração que nutro pelo Eminente Desembargador Federal Relator Maurício Kato, salientando que o meu pedido de vista se assentou na necessidade de uma análise mais detida dos autos para formação de minha convicção.

Após examinar os autos, chego às mesmas conclusões do Eminente Relator de que se encontra prescrita a pretensão punitiva do Estado em relação ao crime do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, restando prejudicadas as alegações relacionadas a este delito.

Quanto ao crime do art. 1º, II, da Lei n. 8.137/90, as provas documentais e testemunhais produzidas levam a concluir, como o Relator, que não há nenhuma nulidade, restando comprovada a materialidade e autoria delitiva, justificando manter a condenação do acusado.

Em relação à alteração da dosimetria constante no voto do Relator, igualmente, não há nenhum reparo.

Ante o exposto, acompanho integralmente o voto do Eminente Desembargador Federal Relator.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW

PETIÇÃO CRIMINAL
0001487-24.2016.4.03.0000
(2016.03.00.001487-9)

Requerente: MARCOS ALVES PINTAR
Requerido: ERICO ANTONINI
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Classe do Processo: Pet 939
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/10/2018

EMENTA

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA, QUEIXA-CRIME. ARTIGOS 138 E 139, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DE CALÚNIA E DE DIFAMAÇÃO. ATIPICIDADE FÁTICA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 397,III, DO CPP.
1. Queixa-crime ajuizada contra magistrado, imputando a prática dos crimes contra a honra definidos nos artigos 138 e 139, ambos do Código Penal.
2. A conduta supostamente irrogada ao querelado não consubstancia, em nosso ordenamento jurídico, fato típico, antijurídico e culpável, à míngua de qualquer previsão legal nesse sentido.
3. Absolvição sumária do querelado, com espeque no artigo 397, inciso III, do CPP.
4. Condenação ao pagamento de verba honorária.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, absolver sumariamente o querelado e condenar o querelante ao pagamento de verba honorária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de outubro de 2018.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Trata-se de queixa-crime oferecida pelo advogado Marcos Alves Pintar contra o Juiz Federal Substituto da 2ª Vara de São José do Rio Preto/SP, Dr. Erico Antonini, atribuindo-lhe a prática dos delitos de calúnia e difamação (artigos 138 e 139 do Código Penal, respectivamente).

Alega o querelante, em resumo, que o querelado ofendeu a sua honra no bojo da sentença proferida nos autos Ação Penal nº 0003618-31.2009.403.6106, que condenou o querelante pelo cometimento do crime de calúnia (fls.706/717).

Assevera que o magistrado, no bojo daquele édito condenatório, inseriu dolosamente fatos e circunstâncias que não fazem parte da ação penal, tampouco foram debatidos ou provados, com o fito de atacar a sua honra e reputação.

Aduz que as considerações lançadas na sentença "(...) não fazem parte da inicial acusatória, nem foram de alguma forma debatidas durante a instrução pelas partes, sendo fatos notoriamente falsos, criados artificiosamente pelo Querelado apenas para ofender a pessoa do Querelante (...)".

A inicial foi aditada tão somente para colacionar a declaração de hipossuficiência (fls.166/168). Acostada cópia integral da Ação Penal nº 2009.61.06.003618-0 (fls.173/796).

Resposta do querelado (fls.804/831), alegando, em preliminar que a queixa-crime padece de inépcia por falta do requisito essencial de classificação do crime, bem como à míngua de concisão, devendo ser rejeitada.

No mérito, postula a absolvição sumária do querelado, com espeque no artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal, ao argumento de que os fatos narrados na exordial evidentemente não constituem crime contra a honra.

Parecer da Procuradoria Regional da República (fls.841/845) preliminarmente, pelo não recebimento da queixa-crime, posto que inepta e, no mérito, pela rejeição da inicial acusatória.

Indeferido pedido de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita (fl.871). Dessa decisão foram opostos embargos de declaração pelo querelante (fls.874/901).

Com o término do mandato da e. Desembargadora Federal Marisa Santos junto ao Órgão Especial, os autos seguiram redistribuídos a minha relatoria por sucessão, em 19 de agosto de 2016.

Os embargos de declaração opostos restaram desprovidos (fls.906/908), determinando-se o recolhimento de custas processuais, no prazo de 05 (cinco) dias.

Interposto agravo regimental pelo querelante (fls.911/944), o querelado apresentou contraminuta (fls.959/991).

Na sessão de julgamento de 30 de agosto de 2017, este E. Órgão Especial, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental (fls.995/998).

Recolhidas custas processuais (fls.1000/1001).

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Primeiramente, não se antevê configurada a decadência do direito de oferecer queixa-crime no presente caso.

Deveras, a decisão judicial que teria veiculado as pretensas ofensas restou publicada em 31 de julho de 2015, atentando-se que a contagem do prazo decadencial de seis meses - artigo 38 do CPP - dá-se com a inclusão do dia de começo e exclusão do dia final.

A queixa-crime foi ajuizada em 29 de janeiro de 2016 (fl.02), no prazo legal.

Feita essa consideração preambular, prossigo.

O querelante, advogado militante na Subseção de São José do Rio Preto/SP, propôs a presente queixa-crime em face de Juiz Federal daquela mesma subseção em razão de sentença proferida nos autos da Ação Penal nº 0003618-31.2009.403.6106, cujo excerto cumpre transcrever:

I- RELATÓRIO

Trata-se de ação penal proposta pelo MPF em face de Marcos Alves Pintar pela prática, em tese, do crime definido no art.138, c/c/ art.141,II, ambos do CP.

Consta da denúncia que o réu ajuizou, perante a 4ª Vara de São José do Rio Preto/SP, a ação de autos nº 2004.61.06.006644-7, em face do INSS, pleiteando a condenação da Autarquia ré a conceder auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez em favor do autor Laércio Gonçalves Rosa.

Inconformado com a decisão que determinou que se aguardasse a juntada aos autos dos exames que estavam sendo realizados pelo autor para então ser apreciado o requerimento de realização de nova perícia, o réu interpôs, em 22 de setembro de 2008, agravo de instrumento com o objetivo de reforma da decisão. Nas razões recursais o réu afirmou o seguinte:

"17) (...) diante do fato de que *a 4ª Vara Federal de São José do Rio Preto/SP se mostra totalmente incapaz de cumprir seu papel traçado pela Constituição Federal, com a prolação de inúmeras decisões equivocadas e um atraso sem igual quanto ao tempo entre as decisões (...) 18) O Juízo impugnado adquiriu no feito de origem um status de ineficácia tamanha que acabou por negar por completo o exercício da jurisdição em favor do Segurado. É como se a secretaria, servidores e magistrado fizessem parte de uma espécie de encenação teatral, uma reunião de pessoas, dependências físicas e equipamentos visando apenas criar uma aparência de que o exercício da Jurisdição existe e está disponível a todos os cidadãos que ali postulam".*

Segundo a imputação feita na denúncia, ao afirmar que as decisões referentes aos processos em trâmite perante a 4ª Vara Federal são equivocadas e prolatadas com "um atraso sem igual", bem como que o magistrado e os servidores da 4ª Vara Federal não exercem devidamente os atos jurisdicionais pois fazem parte de uma "encenação teatral", restou evidente a intenção do acusado de apontar que Juiz e os servidores da 4ª Vara Federal retardam e deixam de praticar, indevidamente, atos de ofício.

Assim, o réu imputou falsamente aos servidores e ao MM. Juiz Federal Titular da 4ª Vara Federal de São José do Rio Preto/SP fato considerado como crime (prevaricação).

O Exmo. Dr. Dasser Lettiére Júnior, MM.Juiz Federal titular da 4ª Vara de São José do Rio Preto/SP, sentiu-se ofendido em sua honra com as expressões empregadas no mencionado recurso razão pela qual requisitou, em 26 de fevereiro de 2009, a instauração de inquérito policial para investigar a conduta acima descrita.

Denúncia recebida em 08/10/2009 (fl.141) pelo magistrado federal Alexandre Carneiro Lima, mesma ocasião em que se homologou requerimento de arquivamento no que toca aos demais crimes, por decadência (...).

Defesa preliminar às fls.191/204 na qual se alegou: suspeição de todos os servidores, estagiários e do magistrado da 4ª Vara Federal de SJRP/SP; verdade ou notoriedade do fato; inépcia da denúncia; atipicidade da conduta.

À fl.208 há declaração de suspeição pelo magistrado federal Roberto Polini. À fl.210 o Juiz Federal Alexandre Carneiro Lima determinou o aguardo da solução da exceção de suspeição relativa aos servidores da 4ª Vara Federal de SJRP/SP. Decisão na exceção de suspeição pela suspeição de todos os servidores da 4ª Vara Federal, sob o argumento de que, em tese, poderiam reclamar indenização cível pelos mesmos fatos; quanto aos estagiários a suspeição restou afastada porque não praticam atos processuais sem assistência dos servidores.

(...) O Egrégio TRF da 3ª Região deferiu a suspensão da prescrição desde a propositura da exceção da verdade e inadmitiu esta, sob o argumento de falta de atribuição de fato ao excepto (fls.242/244).

O Egrégio TRF da 3ª Região decidiu pela ausência de suspeição do magistrado Alexandre Carneiro de Lima às fls.261/262. À fl. 271 a magistrada Ana Clara de Oliveira Passos se deu por suspeita. Às fls. 274/275, o Juiz Federal Adenir Pereira da Silva, designado, determinou a realização de interrogatório e afastou a absolvição sumária.

O magistrado federal Roberto Cristiano Tamantini também se declarou suspeito (fl.276). Intimada, a Comissão de Prerrogativas da OAB entendeu não se tratar de caso sujeito a sua atuação.
Por conta de ulterior sentimento de compaixão, o magistrado Adenir Pereira da Silva deu-se por suspeito às fls.309/310. O também Juiz Federal Wilson Pereira Junior declarou-se suspeito à fl.317, assim como o magistrado Paulo Rui Kumagai de Aguiar Pupo (fl.320).
Este magistrado signatário foi designado então para processar e julgar o feito.
II -FUNDAMENTAÇÃO.
(...) A denúncia descreve com evidente clareza o fato imputado ao réu de modo a permitir o exercício da defesa. Há transcrição dos textos atribuídos ao réu e fundamentação concisa e precisa acerca do enquadramento. O fim pessoal é mencionado ao se fazer a transcrição da ofensa e consiste em "visando apenas criar uma aparência de que o exercício da Jurisdição existe e está disponível a todos os cidadãos que ali postulam". A circunstância de se tratar ou não de prevaricação a conduta descrita e, por decorrência lógica, de ser adequada ou não a capitulação jurídica feita pelo MPF atina ao mérito da causa.
Assim, a denúncia é apta.
(...) *Materialidade delitiva* provada pelo documento de fls.24/32, principalmente fl.29.
(...) *Autoria delitiva* provada pelo documento acima mencionado e pela admissão feita pelo réu de que o texto foi por ele próprio redigido, no interrogatório prestado em juízo.
(...) A acusação feita na peça inicial aponta para calúnia, sob o argumento de que houve narrativa que atribuiu ao ofendido o delito de prevaricação.
(...) Note-se a correspondência total entre a imputação feita pelo réu e a figura típica do art.319.
Assim, o acusado imputou ao magistrado vítima a prática de prevaricação.
(...) A comunidade jurídica local, bem assim a vítima e todo e qualquer ator jurídico da localidade que efetuasse a leitura do texto imediatamente o relacionaria ao Dr. Dasser Lettiére Júnior, magistrado oficiante na 4ª Vara Federal de São José do Rio Preto/SP.
O fato é determinado no espaço, porquanto a narrativa descreve exatamente a 4ª Vara Federal de São José do Rio Preto/SP, lotação da vítima.
(...) A imunidade profissional do advogado possui raiz constitucional. (...) Como todo e qualquer direito, a imunidade não é absoluta, notadamente quando colidente com outros direitos constitucionais (dentre os quais a honra, assegurada no art.5º,X, da CF, a qual irradia efeitos para decidir neste caso concreto) e limitada pela lei.
(...) *In casu*, o acusado, advogado, é passível de responsabilização criminal porque se trata de calúnia também configuradora de insulto e humilhação pública, proferida gratuitamente, sem qualquer necessidade real para a discussão da causa.
Passo à dosimetria da pena.
Na primeira fase da apenação, tendo em vista seu comportamento reiteradamente agressivo e excessivamente descortês no meio forense, que é o seu meio de trabalho, a conduta social do réu impõe considerável aumento na reprimenda (1/3).
Isso porque o fato aqui apurado não é isolado na conduta do acusado em seu meio de trabalho, segundo informação dada pelo próprio acusado em interrogatório judicial. Ocorre que o meio forense é tradicionalmente marcado por solenidade, respeito e urbanidade. Ao contrário disso, o acusado usualmente se dirige de forma pessoal e agressiva a autoridades judiciais, servidores, estagiários e até advogados, conforme se pode entrever de seu próprio depoimento, das demais peças que instruíram a representação ofertada pela vítima e peças deste próprio processo.
Defende-se sob o pretexto de que se trata de "estilo". Tal assertiva prova a habitualidade do procedimento apurado e não aproveita ao réu, porquanto o uso de diferente estilo seria aceitável se e apenas se tivesse relação com estética diversa da usual ou recursos válidos e lícitos de persuasão racional, mas não se trata disso.
Aumento também a pena-base por conta das gravíssimas e inúmeras consequências do crime.

Deveras, a imputação manifestamente errônea e dolosa feita gerou indisfarçável mal-estar na comunidade jurídica de São José do Rio Preto/SP, talvez com efeitos irreparáveis. Causou também prejuízos invulgares para a honra objetiva e subjetiva da vítima (maiores do que os inerentes à tipicidade) e inclusive a vida privada de juízes e servidores, bem como para a convivência diária entre estes e outros operadores do Direito. Simples conversa entre colegas, cordial e superficial, muitas vezes é evitada com o escopo de se evitar infundadas alegações. É inescondível o terrível ambiente que se instaurou após o crime perpetrado. Esta é a duríssima realidade e negar isso seria fechar os olhos a dado relevantíssimo para julgamento responsável do feito.

A sequência de reconhecimentos de suspeição pelos magistrados da localidade prova cabalmente a existência de profundas consequências causadas pela falsa imputação de prevaricação. A invectiva atingiu concretamente o Poder Judiciário Federal em sua autonomia funcional, porquanto na realidade o que ocorreu foi a tentativa de intimidação, por meio de violentas agressões escritas, contra o magistrado e consequentemente contra a sociedade. Em última análise, trata-se de violentíssimo ataque ao Estado de Direito, bem como ao Estado Democrático de Direito.

Diga-se que o réu, ao ver seus pedidos negados por quem exercia regularmente a função jurisdicional, o agrediu, mais de uma vez, pesadamente, de modo pessoal, porque dele discordava, o que atrita com a democracia e com a revisibilidade dos atos jurisdicionais.

Adite-se que aceitar como normal a ofensa é, na prática, acabar com a autonomia funcional do juiz, porque basta que este contrarie os interesses de parte ou advogado que será obrigado a suportar acusações contra sua pessoa. Na verdade, o ato merece resposta estatal dura, sob pena de se perpetuarem e se repetirem agressões desta espécie contra o Poder da República. Atentar contra a autonomia judicial é atentar contra a democracia.

Em suma, houve monumentais consequências decorrentes do delito, as quais muito dificilmente serão superadas, tanto que, repito, vários julgadores se deram por suspeitos para processar e julgar causas patrocinadas pelo advogado acusado.

Em razão disso, a reprimenda deve sofrer incremento de mais 4/3, perfazendo-se o total de 5/3 (1/3+4/3).

Não verifico, nas demais circunstâncias previstas no art.59 do CP (culpabilidade, antecedentes, personalidade do agente, motivos, circunstâncias do crime e comportamento da vítima), idoneidade para mudar a sanção.

Fixo a pena-base, portanto, em 1 ano e 4 meses de detenção e multa de 26 dias-multa.

Na segunda fase, aumento a pena em 1/6 porque o réu, advogado, violou dever inerente a sua profissão, nos termos do art.61, II, "g", do CP, c/c/ art.44 do Código de Ética da OAB, o qual prescreve ser dever de urbanidade do advogado tratar autoridades do juízo com respeito e discrição.

Não incide qualquer outra agravante ou atenuante genérica na apenação.

A pena, nesta fase, é de 1 ano, 6 meses e 20 dias de detenção e 30 dias-multa.

Na terceira fase, incide a causa de aumento descrita no art.141, II, do CP, porque escrita contra funcionário público no exercício de suas funções. Vale repetir que esta causa de aumento goza de presunção de constitucionalidade como qualquer ato normativo, é aplicada há décadas sem maiores discussões e não confere privilégio algum a funcionário público, mas sim encontra em fina sintonia com o Estado Democrático de Direito e garante a preservação da estabilidade, da confiança e da legitimidade das instituições públicas democráticas, bem como a relevância das funções estatais.

Tendo em conta estes parâmetros, torno definitiva a pena de 02 anos e 26 dias de detenção e multa de 40 dias-multa, cujo valor unitário fixo em ½ salário mínimo vigente da data do fato, ante a condição econômica razoavelmente superior do réu (segundo o próprio, possui relativo sucesso e muitos clientes na área previdenciária, conhecida pela lucratividade).

Regime inicial semi-aberto. É que, conjugando-se as desfavoráveis circunstâncias do art.59

> com as penas impostas (prisão por tempo inferior a 4 anos), tem-se que ainda assim o regime imposto é suficiente à repressão e prevenção do delito (art.33 e §§, do CP).
> Cabível a substituição por penas restritivas de direitos, nos termos do art.44, *caput*, e §2º, do CP, mesmo tendo em vista as desfavoráveis circunstâncias do art.59 do CP, considerando a ausência de reincidência em crime doloso bem como de violência ou grave ameaça à pessoa e, por fim, o montante da pena (inferior a 4 anos). Por adequadas e proporcionais, fixo as penas de prestação de serviços à comunidade e de prestação pecuniária, esta consistente no pagamento de 40 (quarenta) salários mínimos vigentes na data da sentença à União.
> De qualquer modo, o acusado pode recorrer em liberdade porque o meio (prisão preventiva com rigores de regime fechado) não pode ser mais gravoso do que o fim (pena restritiva de direitos), sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade.
> (...) Considerando as condições de fortuna do acusado, bem assim a relevantíssima ofensa à honra e à imagem da vítima Dasser Lettiére Júnior e tudo o quanto consta dos autos, fixo o valor da reparação por danos morais em R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), com juros de mora e correção monetária a contar desta sentença, obedecidos os demais termos do Manual de Cálculos da justiça Federal (fls.706/717).

À vista desse provimento, aduziu o querelante que as considerações lançadas na sentença "(...) não fazem parte da inicial acusatória, nem foram de alguma forma debatidas durante a instrução pelas partes, sendo fatos notoriamente falsos, criados artificiosamente pelo Querelado apenas para ofender a pessoa do Querelante (...)".

A conduta supostamente irrogada ao querelado não consubstancia, em nosso ordenamento jurídico, fato típico, antijurídico e culpável, à míngua de qualquer previsão legal nesse sentido.

Deveras, as considerações feitas pelo magistrado o foram em decorrência da análise das circunstâncias judiciais disciplinadas no artigo 59 do Código Penal - personalidade e culpabilidade do agente - em ação penal a que respondeu o querelante, disso não consubstanciado imputação falsa de fato definido como crime, conduta nuclear do tipo penal descrito no artigo 138 do Código Penal.

Nesse contexto, os elementos de cognição, no que diz respeito ao crime de calúnia, atestam que a suposta conduta criminosa que hipoteticamente teria sido carreada ao demandante, não se subsome ao delito previsto no artigo 138 do Código Penal.

Na mesa linha de raciocínio, da leitura do decisório transcrito, não se vislumbra que o querelado tenha atribuído inépcia profissional ao querelante, razão pela qual também não resta configurado o outro crime imputado ao querelado, qual seja, difamação.

Ademais, o delito de difamação exige a presença do dolo específico de difamar, elemento subjetivo do tipo sem o qual inexiste o crime, e que, no caso, não restou demonstrado.

Desta forma, a exemplo do que sucedeu em outras queixas agilizadas pelo mesmo causídico em face de outros juízes federais, em que também não se verificou tipificação da conduta aos tipos definidos nos artigos 138 e 139 do CP (Petição Criminal nº 2009.03.00.027425-3, Rel. Des. Federal Nery Junior; Petição Criminal nº 2012.03.00.017816-0, Rel. Des. Federal Therezinha Cazerta) e, portanto, diante da patente atipicidade fática, a absolvição sumária do querelado é de rigor.

Sob outro prisma, proposta a queixa-crime, o querelado constituiu advogado e apresentou defesa preliminar. A necessidade de apresentação de defesa pelo querelado ensejou, de forma indevida, um ônus que deve ser suportado pelo querelante, parte vencida na lide.

Este E. Órgão Especial já decidiu nesse sentido:

PENAL. PROCESSO PENAL. QUEIXA-CRIME. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO QUERELADO E QUERELANTE. OMISSÃO APENAS QUANTO À CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA. ACOLHIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO QUERELANTE REJEITADOS.

I - A apresentação de queixa-crime, rejeitada após o oferecimento de defesa-prévia pelo querelado, ensejou a necessidade de apresentação de defesa pelo querelado, acarretando-lhe, inegavelmente, o ônus que deve ser suportado pelo querelante, parte vencida na lide.

II - Possibilidade de aplicação do princípio da sucumbência nos casos de ação penal privada. Precedentes dos tribunais superiores.

III - Integração do julgado para, à luz da jurisprudência predominante nos tribunais pátrios, aplicar, por analogia, conforme autorizado pelo art. 3º, do CPP, o disposto no art. 20, § 4º, do CPC, para o fim de condenar o querelante no pagamento de honorários advocatícios em favor do querelado, no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

IV - Embargos de declaração do querelante que visam a rediscussão de sua pretensão, sem apontar quaisquer dos vícios no julgado, divorciando-se da essência deste recurso. Se é a reforma do julgado que busca o recorrente, para isto não se prestam os embargos, pena de se aviltar a sua "ratio essendi".

V - Embargos de declaração do querelado acolhidos para integração do julgado, fazendo constar a condenação do querelante no pagamento de honorários advocatícios. Rejeitados os embargos declaratórios opostos pelo querelante.

(Pet - PETIÇÃO CRIMINAL - 0031451-67.2013.4.03.0000, Relatora DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/05/2015).

Nessa toada, com o permissivo do artigo 3º do Código de Processo Penal e conforme o disposto no artigo 85,§2º, do Código de Processo Civil, condeno o querelante ao pagamento de honorários advocatícios em favor do querelado, na cifra de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Ante o exposto, ABSOLVO SUMARIAMENTE o querelado, com fulcro no artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal e condeno o querelante ao pagamento de verba honorária, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0001617-75.2016.4.03.6123
(2016.61.23.001617-8)

Apelante: GIULIANO GESUATTO VINCENZI
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE BRAGANÇA PAULISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Classe do Processo: Ap. 71923
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/10/2018

EMENTA

PENAL. ESTELIONATO. ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. FUNDO DE AMPARO AO TRABALHADOR - FAT. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. RECEBIMENTO INDEVIDO DE SEGURO-DESEMPREGO. VÍNCULO LABORATIVO RECONHECIDO PERANTE A JUSTIÇA DO TRABALHO. AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA POR SE TRATAR DE CRIME PERMANENTE.
1. Preliminar de atipicidade material da conduta afastada, uma vez que a fraude perpetrada em desfavor de patrimônio pertencente à coletividade (tal qual o atinente ao seguro-desemprego) possui elevado desvalor de conduta, possuindo alto grau de reprovabilidade, a impedir a aplicação do princípio da insignificância.
2. A materialidade delitiva da conduta descrita no art. 171, *caput*, do Código Penal, restou demonstrada nos autos, por meio de prova documental e oral, consistente na manutenção em erro da União, por meio fraudulento, o que resultou no recebimento indevido de seguro-desemprego.
3. Ao permanecer recebendo o seguro-desemprego mesmo após ter sido admitido em nova atividade laborativa remunerada, ainda que não reconhecido o vínculo formal de emprego, deveria ter comunicado tal fato ao Ministério do Trabalho e Emprego, mantendo-se em eloquente silêncio para manter o órgão estatal em erro, com o fim de continuar recebendo o benefício em contexto que deveria saber ser impeditivo do mesmo, restando assim configurado o dolo relativo à infração penal constante do art. 171, § 3º, do Código Penal.
4. A ausência de reconhecimento de vínculo empregatício não afasta a caracterização do delito em questão, pois o seguro-desemprego configura-se indevido com o simples retorno à atividade remunerada.
5. A possibilidade de compensação civil dos valores indevidamente pagos nos termos do art. 25-A da Lei 7.880/1990 não afeta a esfera penal, ante a independência entre estas instâncias, como disposto no art. 25, § 2º, do mencionado diploma legal.
6. O delito de estelionato praticado pelo segurado de benefício assistencial mediante o recebimento de prestações sucessivas e mensais, todas decorrentes de um fato gerador comum, deve ser considerado como crime permanente e, portanto, único, de sorte a se afastar de ofício a continuidade delitiva, mantidos os demais termos da condenação. Pena de multa mantida em 20 (vinte) dias-multa, embora a sentença não tenha observado o critério da proporcionalidade em face da pena privativa de

liberdade, à míngua de recurso da acusação.
7. Apelação do réu desprovida. Afastamento de ofício da continuidade delitiva.

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 GIULIANO GESUATTO VINCENZE e, DE OFÍCIO, afastar a continuidade delitiva, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de outubro de 2018.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo réu GIULIANO GESUATTO VINCENZI, nascido em 15.11.1993 (fl. 08-v), em face da r. sentença às fls. 71/73, publicada em 14.02.2017 (fl. 74), proferida pelo Exmo. Juiz Federal Gilberto Mendes Sobrinho (1ª Vara Federal de Bragança Paulista/SP), que julgou procedente o pedido para condená-lo, pela prática do delito descrito no art. 171, § 3º, c.c. art. 71, ambos do Código Penal, à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial ABERTO, e 50 dias-multa ao total (considerando o concurso de crimes), fixados no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária no valor de 02 (dois) salários mínimos vigentes em favor de entidade designada no Juízo da Execução Penal e prestação de serviços à comunidade em entidade designada no Juízo da Execução Penal.

Narra a denúncia, recebida em 05.07.2016 (fl. 25), que GIULIANO GESUATTO VINCENZI teria obtido vantagem patrimonial ilícita, em prejuízo do Ministério do Trabalho e Emprego, mantido pela União, ao receber 5 (cinco) prestações de seguro-desemprego, em 27.08.2014, 26.09.2014, 26.10.2014, 25.11.2014, 25.12.2014, no valor de R$ 724,00 (setecentos e vinte e quatro reais) cada uma, enquanto exerceu atividade laborativa remunerada para a empresa NOCETTI INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PEÇAS E ACESSÓRIOS PARA AUTOS LTDA., cujo vínculo empregatício o próprio acusado afirmou ter existido no período de agosto de 2014 a março de 2015, nos autos de Reclamação Trabalhista, causando prejuízo aos cofres públicos no montante de R$ 3.620,00.

Nas razões de Apelação (fls. 85/90), GIULIANO GESUATTO VINCENZI pleiteia a absolvição, com base na ausência de dolo, na inexistência de reconhecimento de vínculo de emprego no campo da reclamação trabalhista e na juridicidade do recebimento do seguro desemprego enquanto exercia atividade laboral sem o devido registro em Carteira de Trabalho. Alternativamente, pugna pela resolução da questão mediante a simples compensação civil de eventuais parcelas indevidas do seguro-desemprego e pela aplicação do princípio da insignificância.

Contrarrazões apresentadas pelo *Parquet* às fls. 92/94.

A Procuradoria Regional da República emitiu parecer (fls. 96/100) pelo desprovimento da Apelação.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face de GIULIANO GESUATTO VINCENZI pela prática do delito estampado no art. 171, § 3º, do Código Penal, em continuidade delitiva, em razão da obtenção de vantagem indevida em prejuízo dos cofres da União no montante de R$ 3.620,00, relativo a cinco parcelas de seguro-desemprego entre 27.08.2014 e 25.12.2014, período no qual exercia atividade assalariada.

DA NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM RELAÇÃO AO CRIME DE ESTELIONATO PRATICADO EM FACE DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Por primeiro, não merece prosperar a preliminar de atipicidade material, suscitada pelo Apelante, porquanto é assente na jurisprudência o entendimento segundo o qual a fraude perpetrada em desfavor de patrimônio pertencente à coletividade (tal qual o atinente ao seguro-desemprego) possui um elevado desvalor de conduta, possuindo esta um alto grau de reprovabilidade a impedir a aplicação do princípio da insignificância (que teria o condão de afastar a tipicidade material da infração criminal) - a propósito:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. *OBTENÇÃO INDEVIDA DE SEGURO-DESEMPREGO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ.* ALEGADO ESTADO DE NECESSIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO ART. 171, §1º, DO CP. VALOR SUPERIOR AO SALÁRIO-MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. *A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que é inaplicável o princípio da insignificância nas hipóteses em que o acusado obtém vantagem econômica indevida, mediante fraude ao programa do seguro desemprego, ainda que tais valores sejam considerados irrisórios.* (...) (STJ, AgRg no AREsp 1134815/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 22/11/2017) - destaque nosso.

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO *QUALIFICADO.* ART. 171, § 3º, DO CP. *SEGURO-DESEMPREGO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ALTO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA.* AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. *O saque fraudulento de seguro desemprego é conduta com alto grau de reprovabilidade e afasta a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes.* 2. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no AREsp 1096681/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/10/2017, DJe 16/10/2017) - destaque nosso.

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. *ESTELIONATO. ARTIGO 171, §3º, DO CÓDIGO PENAL.* AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA NÃO VERIFICADA. *PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AFASTADO.* MATERIALIDADE. AUTORIA. DOLO. COMPROVAÇÃO. PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. (...) 3. *Os Tribunais Superiores firmaram o entendimento no sentido de que os crimes praticados em detrimento de bem jurídico de caráter supraindividual, no caso, patrimônio público, indicam alto grau de reprovabilidade da conduta, o que impede a caracterização do delito de bagatela.* 4. *O*

> *conjunto probatório demonstra que o réu simulou o vínculo empregatício para receber as parcelas do seguro-desemprego.* (...) (TRF3, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 66269 - 0007041-21.2012.4.03.6000, Rel. Des. Fed. JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 08/11/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/11/2016) - destaque nosso.

Afastada a aplicação do princípio da insignificância, passo à análise do mérito em questão.

DA MATERIALIDADE, DA AUTORIA E DO DOLO RELATIVOS À INFRAÇÃO PENAL

A materialidade do delito previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal, restou demonstrada pelo relatório do Ministério do Trabalho e Emprego às fls. 16/18, relativo ao requerimento de seguro desemprego em nome de GIULIANO GESUATTO VINCENZI, no qual consta, ainda, relação de pagamento de cinco parcelas entre os meses de agosto e dezembro de 2014, cada qual no valor de R$ 724,00.

Ocorre que, em tal período, o réu detinha vínculo laborativo com a empresa NOCETTI INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PEÇAS E ACESSÓRIOS PARA AUTOS LTDA., o que ficou comprovado na Reclamação Trabalhista nº 0011449-71.2015.5.15.0038, por ele ajuizada, na qual o próprio GIULIANO GESUATTO VINCENZI sustentou a existência de vínculo empregatício no período de agosto de 2014 a março de 2015, conforme se depreende da ata de audiência de conciliação (fls. 05/18), na qual o magistrado consignou:

> Considerando que desde a petição inicial o reclamante alega ter trabalhado, com vínculo empregatício, de agosto/2014 a 27.3.2015, OFICIEM-SE a CEF, o Ministério Público Federal e o Ministério do Trabalho e Emprego, para que tomem as medidas cabíveis, uma vez que o próprio reclamante na ata de audiência ID nº e66eb7c informou que recebera o Seguro Desemprego no período acima referido.

A petição inicial de GIULIANO GESUATTO VINCENZI que originou a reclamação trabalhista mencionada, requerendo ao seu final o reconhecimento do vínculo de emprego no período de agosto de 2014 até 27.03.2015, em seu bojo afirma que (fl. 09):

> 2.1. O RECLAMANTE foi admitido em agosto de 2014, para exercer a função de grampeador, percebendo como último salário base o valor de R$ 850,00 (oitocentos e cinquenta reais).
> 2.2. Cumpria jornada de trabalho diariamente de segunda a sexta-feira das 7h00m às 17h00m, com 01h de intervalo para descanso e refeição.
> 2.3. A RECLAMADA efetivou os pagamentos de salário do RECLAMANTE com atrasos consideráveis, bem como se constata que devido ao não registro em sua CTPS, a RECLAMADA não realizou os depósitos do FGTS e recolhimentos previdenciários.
> 2.4. Em 27 de março de 2015, o obreiro foi injustamente dispensado, SEM RECEBER CORRETAMENTE as verbas rescisórias e contratuais o que fazia jus.
> (...)
> Conforme se extrai da narração dos fatos, o obreiro laborou para RECLAMADA pelo período de agosto de 2014 a 27.03.2015, SEM ANOTAÇÃO EM CTPS. O reclamante é pessoa física, sempre prestou seus serviços pessoalmente à RECLAMADA, sob sua dependência, de forma não eventual e mediante salário.

De tal modo, o réu não fazia jus ao recebimento das parcelas de seguro-desemprego no período mencionado, uma vez que possuía renda própria (Lei n. 7.998, de 11 de janeiro de 1990).

Em seu interrogatório judicial (registrado na mídia à fl. 59) GIULIANO GESUATTO VINCENZI afirmou que:

> Estava desempregado quando pedi seguro-desemprego; depois de 2 meses de recebimento do seguro-desemprego, comecei a trabalhar; fazia bico na empresa, não sabia que não podia receber seguro-desemprego; trabalhava das 7h às 17h; nesse período fazia bicos em outros lugares; não tinha intenção de receber algo que fosse indevido.

Nesse contexto, restou demonstrada a ilicitude no recebimento de cinco parcelas de seguro-desemprego por GIULIANO GESUATTO VINCENZI, entre os meses de agosto e dezembro de 2014, lapso no qual detinha vínculo laboral com NOCETTI INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PEÇAS E ACESSÓRIOS PARA AUTOS LTDA. As provas colhidas nos autos comprovam o dolo do acusado, ante a deliberada intenção de induzir e manter em erro o Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, por meio fraudulento, o que resultou no recebimento indevido do benefício, causando o prejuízo de R$ 3.620,00 aos cofres públicos.

De fato, assiste razão à defesa do réu no ponto em que sustenta que ele estava na condição de desempregado quando requereu o benefício em questão. Ocorre que ao permanecer recebendo o seguro-desemprego mesmo após ter sido admitido em nova atividade laborativa remunerada, ainda que não reconhecido o vínculo formal de emprego, deveria ter comunicado tal fato ao Ministério do Trabalho e Emprego, mantendo-se em eloquente silêncio para manter o órgão estatal em erro, com o fim de continuar recebendo o benefício em contexto que deveria saber ser impeditivo do mesmo, restando assim configurado o dolo relativo à infração penal constante do art. 171, § 3º, do Código Penal.

Cumpre salientar, nesse sentido, que a ausência de reconhecimento de vínculo empregatício não afasta a caracterização do delito em questão, pois o seguro-desemprego configura-se indevido com o simples retorno à atividade remunerada.

Do mesmo modo, a possibilidade de compensação civil dos valores indevidamente pagos nos termos do art. 25-A da Lei 7.880/1990 não afeta a esfera penal, ante a independência entre estas instâncias, como disposto no art. 25, § 2º, do mencionado diploma legal:

> § 2º Além das penalidades administrativas já referidas, os responsáveis por meios fraudulentos na habilitação ou na percepção do seguro-desemprego serão punidos civil e criminalmente, nos termos desta Lei.

Por tais motivos, resta assentada a responsabilidade penal de GIULIANO GESUATTO VINCENZI concernente à prática de estelionato contra o Fundo de Amparo do Trabalhador - FAT, mantido pelo Ministério do Trabalho e Emprego, da União Federal (art. 171, § 3º, do Código Penal).

DO AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA - RECEBIMENTO INDEVIDO DE SEGURO-DESEMPREGO COMO CRIME PERMANENTE

A r. sentença condenou GIULIANO GESUATTO VINCENZI como incurso nas penas do art. 171, § 3º, do Código Penal, pelo recebimento de cinco prestações sucessivas de seguro-desemprego, em decorrência de uma única requisição, que se mostraram indevidas pela retomada do exercício de atividade laborativa remunerada pelo réu.

Ao realizar a dosimetria penal, a sentença acabou por majorar a pena do réu em virtude de suposta continuidade delitiva, pela prática do crime de estelionato mediante o recebimento de cinco prestações indevidas de seguro desemprego, pelo que seriam cinco crimes autônomos cometidos nos mesmos moldes, entendendo os subsequentes como continuação do primeiro (art. 71 do CP).

Ocorre que o delito de estelionato praticado pelo segurado de benefício assistencial mediante o recebimento de prestações sucessivas e mensais, todas decorrentes de um fato gerador comum, deve ser considerado como crime permanente e, portanto, único.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deste Eg. Tribunal:

> CRIMINAL. RESP. ESTELIONATO QUALIFICADO. SEGURO-DESEMPREGO. RECEBIMENTO PARCELADO. CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. SURSIS ESPECIAL. NÃO REPARAÇÃO DO DANO. NÃO CABIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I. Hipótese em que o réu obteve o benefício de forma parcelada, o que não pode ser considerado como crime continuado, diante da existência de apenas uma conduta. Trata-se de crime permanente, de ação contínua e não várias condutas independentes entre si. II. O fato do pagamento do benefício ter se efetivado em 4 parcelas não atrai a incidência da regra da continuidade delitiva, pois houve um único crime, de obtenção de uma única vantagem ilícita, havida, no entanto, parceladamente. III. O sursis especial é concedido quando as circunstâncias do crime forem totalmente favoráveis ao condenado, e tiver ele reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo. Ausente tal reparação, é inadmissível a concessão do benefício especial. IV. Caso em que o réu não reparou o dano, tornando incabível a aplicação do sursis especial previsto no § 2º do art. 78 do Código Penal. V. Recurso parcialmente provido. ..EMEN:(RESP 200601107545, GILSON DIPP, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA:29/06/2007)
>
> PENAL. ESTELIONATO CONTRA O FUNDO DE AMPARO AO TRABALHADOR- FAT. SEGURO-DESEMPREGO. ART. 171, §3º, DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTROVERSAS. ERRO DE PROIBIÇÃO NÃO VERIFICADO. DOSIMETRIA. SÚMULA Nº 231. CRIME PRATICADO PELO BENEFICIÁRIO. NATUREZA PERMANENTE. CONTINUIDADE DELITIVA NÃO RECONHECIDA. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. APELO DEFENSIVO DESPROVIDO. APELO MINISTERIAL PARCIALMENTE ACOLHIDO.
> 2- Materialidade objetiva e autoria do delito que, além de incontroversas, restaram suficientemente demonstradas nos autos. 3- O erro de proibição, ou erro a respeito da ilicitude do comportamento, como se sabe, não se equipara ao mero desconhecimento da lei; trata-se, isso sim, de não vislumbrar (o agente) nexo de ilicitude, é dizer, nexo de amoldamento entre sua conduta concreta e uma figura penal prevista na legislação. É o desconhecimento a respeito de sua conduta concreta ser contrária à legislação, que não se verifica no caso concreto. 3.1- A natureza do benefício percebido (seguro-desemprego) é intuitivamente contrária à situação daquele que permanece trabalhando e pela maneira como se deram os fatos, era plenamente possível ao réu, nas circunstâncias por ele vivenciadas, ter a consciência da ilicitude dos seus atos. 4- Dosimetria da pena. Nos termos da Súmula nº 231, do C. STJ, o reconhecimento da atenuante do artigo 65, III, d, do Código Penal, não tem o condão de reduzir a pena intermediária para aquém do mínimo legal. 5- *O estelionato praticado pelo próprio beneficiário contra o Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT tem natureza permanente, motivo pelo qual descabe acolher o pedido de reconhecimento da continuidade delitiva*. 6- Mantida a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. No entanto, no caso concreto, a aplicação de uma pena de prestação pecuniária e uma pena de prestação de serviços, ao invés de duas penas de caráter patrimonial, atende melhor à função retributiva e ao caráter pedagógico da reprimenda. 7- Apelo defensivo desprovido. 8- Apelo ministerial parcialmente provido.
> (Ap. 00054710520144036105, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/05/2018)(Destaquei)

Destarte, deve prevalecer o entendimento sufragado pela jurisprudência, segundo o qual

o recebimento de seguro-desemprego configura crime permanente de modo que a reiteração da conduta fraudulenta mensalmente caracteriza a perpetração de crime único, de sorte a se afastar, DE OFÍCIO, a exasperação da pena em decorrência da continuidade delitiva.

De igual modo, deve ser afastado o acúmulo material referente à pena de multa, tal como estabelecido no art. 72 do Código Penal.

DOSIMETRIA DE PENA DE MULTA

A aplicação da pena de multa deve observar os parâmetros previstos no artigo 49, *caput*, do Código Penal, que estabelece que essa pena 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. A disposição em tela deve ser aplicada tendo como base os postulados constitucionais tanto da proporcionalidade (decorrente da incidência das regras de devido processual legal sob o aspecto substantivo - art. 5º, LIV) como da individualização da pena (art. 5º, XLVI), ambos premissas basilares do Direito Penal, cuja observância pelo magistrado mostra-se obrigatória, ao lado da aplicação do princípio da legalidade no âmbito penal, a impor que o juiz atue no escopo e no limite traçado pelo legislador, demonstrando a evidente intenção de circunscrever a sanção penal a parâmetros fixados em lei, distantes do abuso e do arbítrio de quem quer que seja, inclusive e especialmente do juiz, encarregado de aplica-la ao infrator (NUCCI, Guilherme de Souza, Individualização da Pena, 7ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, pág. 37).

Dentro desse contexto, para os tipos penais em que o preceito secundário estabelece pena de reclusão ou de detenção acrescida de multa, impõe-se que esta última, atendendo à legalidade penal a que foi feita menção anteriormente, guarde proporção com a pena corporal aplicada, respeitando, assim, a regra constitucional de individualização de reprimenda. Desta forma, caso tenha sido fixada a pena corporal no mínimo legal abstratamente cominado ao tipo infringido, mostra-se imperioso o estabelecimento da pena de multa no seu patamar mínimo, qual seja, em 10 (dez) dias-multa; a contrário senso, na hipótese da reprimenda privativa de liberdade ter sido fixada no seu quantitativo máximo, por certo a multa também o deverá ser (360 - trezentos e sessenta - dias-multa).

Importante ser dito que, na primeira fase da dosimetria da pena corporal, a eventual fração de seu aumento não deve guardar correlação direta com o *quantum* de majoração da pena de multa, pois esta cresceria de forma linear, mas totalmente desproporcional à pena base fixada, tendo em vista a diferença entre o mínimo e o máximo da reprimenda estabelecida para cada delito (variável de tipo penal para tipo penal) e o intervalo de variação da multa (sempre estanque entre 10 - dez - e 360 - trezentos e sessenta - dias-multa).

Isso porque, a despeito de existir uma relação de linearidade entre o aumento da pena base quanto à reprimenda corporal e o aumento da pena de multa, essa relação não é de identidade, cabendo destacar que pensar de modo diferente seria fazer letra morta aos princípios constitucionais anteriormente mencionados, desvirtuando, assim, o sistema penal e afastando a eficácia da pena de multa prevista pelo legislador.

Em outras palavras, caso incidisse na espécie a mesma fração de aumento aplicada quando da majoração da pena base atinente à reprimenda corporal em sede de pena de multa, esta seria estabelecida em patamar irrisório, muito distante do limite máximo estabelecido pelo legislador, ainda mais se se considerar que o valor do dia-multa, na maioria das vezes, é imposto em seu patamar mínimo, vale dizer, 1/30 do salário mínimo. Ou seja, evidenciaria perfeita distorção no *quantum* pecuniária da pena base, jamais atingindo o esperado pelo legislador ao fixar margens bem distantes entre o mínimo e o máximo da pena de multa.

Aliás, a presente interpretação guarda relação com o item 43 da Exposição de Motivos

nº 211, de 09 de maio de 1983, elaborada por força da reforma da Parte Geral do Código Penal, que estabelece que o Projeto revaloriza a pena de multa, cuja força retributiva se tornou ineficaz no Brasil, dada a desvalorização das quantias estabelecidas na legislação em vigor, adotando-se, por essa razão, o critério do dia-multa, nos parâmetros estabelecidos, sujeito a correção monetária no ato da execução.

Ressalte-se que o posicionamento ora adotado encontra o beneplácito da jurisprudência desta E. Corte Regional, conforme é possível ser visto na APELAÇÃO CRIMINAL 56899 (Feito nº 0000039-46.2012.4.03.6114, Rel. Des. Fed. HÉLIO NOGUEIRA, 1ª Turma, votação unânime, julgado em 22/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 29/08/2017) e na APELAÇÃO CRIMINAL 62692 (Feito nº 0009683-06.2012.4.03.6181, Rel. Des. Fed. HÉLIO NOGUEIRA, 1ª Turma, votação unânime, julgado em 11/07/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 21/07/2017).

Assim, não há como fixar a pena de multa sem se levar em consideração seus limites mínimo e máximo com adoção de proporcionalidade em face da pena privativa de liberdade, atendendo, pois, aos preceitos constitucionais (da legalidade, da proporcionalidade e da individualidade) e legais (Exposição de Motivos da Reforma da Parte Geral do Código Penal a que foi citada anteriormente).

No caso concreto, verifica-se que o sentenciante não observou o critério acima e fixou a multa em *20 (vinte) dias*, porém, à míngua de recurso da acusação e tendo em vista a proibição da *reformatio in pejus*, deve ser mantida a penal fixada na sentença. O valor de cada dia-multa deve ser estabelecido em 1/30 do salário mínimo à época dos fatos, ante a ausência de informações sobre a situação econômica do réu.

CONCLUSÃO

Observadas as modificações na dosimetria penal decorrentes do afastamento da continuidade delitiva, ficam mantidos os demais termos da condenação, fixada definitivamente em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial ABERTO, e 20 dias-multa, cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, substituída a pena corporal por duas restritivas de direito, tal como consignadas na sentença.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO à Apelação de GIULIANO GESUATTO VINCENZI e, DE OFÍCIO, afasto o reconhecimento da continuidade delitiva, nos termos acima expendidos.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

REVISÃO CRIMINAL
0003621-87.2017.4.03.0000
(2017.03.00.003621-1)

Requerente: AROUNA NSANGOU NJOYA
Requerida: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: RvC 1380
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/10/2018

EMENTA

PENAL - REVISÃO CRIMINAL - FALSA ASSUNÇÃO DE PATERNIDADE - ART. 242 DO CÓDIGO PENAL. DECLARAÇÃO FALSA. AUTORIDADES MIGRATÓRIAS. ART. 125, XIII, DA LEI 6.815/80. ART. 621, INCISO I DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRETENSO REEXAME DA AUTORIA E DA PROVA. INADMISSIBILIDADE. CRITÉRIOS SUBJETIVOS DO JUÍZO. ALTERAÇÃO EM SEDE REVISIONAL. NÃO CABIMENTO. REVISÃO IMPROCEDENTE.

1. O artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal exige afronta direta contra a lei ou contra a evidência dos autos, o que não se confunde com uma interpretação razoável e verossímil.

2. Conforme jurisprudência consolidada deste TRF-3, a revisão criminal não é ação que se preste ao amplo reexame da materialidade, da autoria e da dosimetria, ou ainda, à rediscussão de critérios subjetivos dos órgãos prolatores de condenação transitada em julgado. Esse posicionamento se encontra em firme consonância tanto com as hipóteses de cabimento da revisão criminal quanto com o respeito à coisa julgada, fator da maior relevância em qualquer ordenamento jurídico, e que, no Brasil, foi traduzido em comando constitucional (Constituição da República, art. 5º, XXXVI).

3. A premissa de que o réu foi condenado por utilização de nome falso não é compatível com as conclusões e o dispositivo do aresto transitado em julgado. O voto condutor deixa claro que não foi essa a condenação subsistente, mas sim a de que o ora autor (ali réu) declarou falsamente ter uma filha, a qual não era em verdade sua parente. Extrai-se da leitura do voto condutor que foram amplamente avaliados os elementos probatórios constantes dos autos de origem, concluindo-se - com firme alicerce no conjunto fático e jurídico pertinente - pela comprovação das condutas delitivas.

4. O autor não trouxe fatos novos ou demonstrou o descumprimento da legislação, mas ao contrário, tenta repisar teses já amplamente analisadas e pertinentemente rechaçadas no aresto agasalhado pelo manto da coisa julgada. Tampouco houve qualquer descumprimento de disposições cogentes do ordenamento, materiais ou processuais, tratando-se de processo válido e de condenação em que se demonstrou concretamente, por meio de minudente fundamentação, o amoldamento das condutas comprovadas do réu a dois tipos penais previstos na legislação penal pátria: o do art. 242 do Código Penal); o do art. 125, XIII, da Lei 6.815/80.

5. A revogação do tipo penal constante do art. 125, XIII, da Lei 6.815/80 não implica extinção da punibilidade da autora da ação, tendo em vista que a conduta em questão constitui mera espécie de prática tipificada no ordenamento pátrio, qual seja, a de

prestar ou inserir declaração falsa em documentos (Código Penal, art. 299), de maneira que há continuidade normativo-típica a sustentar a manutenção da sanção penal.
6. Não comprovada a ocorrência concreta de uma das hipóteses excepcionais vertidas no rol do art. 621 do Código de Processo Penal, não pode ter procedência um pedido revisional, que não se presta a ser manejado como sucedâneo recursal, de maneira a reavaliar critérios ou elementos específicos, mas sim a impedir a caracterização de claras ilegalidades ou erros de julgamento e injustiças objetivamente aferíveis, do que aqui não se cogita.
7. Revisão criminal julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, julgar improcedente a revisão criminal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de outubro de 2018.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de revisão criminal, ajuizada por Arouna Nsangou Njoya visando a desconstituir condenação exarada na ação penal autuada sob número 0008560-80.2006.4.03.6181, a qual se deu devido à prática (pelo autor desta revisão) dos delitos tipificados no art. 242 do Código Penal e no art. 125, XIII, da Lei 6.815/80. A condenação foi proferida na origem e mantida em acórdão de lavra da Quinta Turma deste E. TRF-3.

Narra-se na peça inicial (fls. 02/18) que o réu foi indevidamente condenado pela prática dos crimes já mencionados *supra*. O réu teria sido denunciado e condenado por crime cuja prática não foi provada, pois não constaria em documentos dos autos o requerimento de permanência feito em nome falso (nome de "Iffofa Poutouonchi"), mas sim em seu verdadeiro nome - Arouna Nsangou Njoya. Não haveria prova de cometimento do crime. "Onde está a declaração falsa? E quanto à certidão de nascimento de sua filha Thamires, restou provado que a mesma é autêntica e que o réu a registrou como sua filha em boa-fé (...)" (fl. 06).

Quanto à falsa declaração de paternidade, aduz que "o réu teve relacionamento com a mãe de Thamires, chamada Fernanda Celina, desse relacionamento Fernanda assegurou que estava grávida do mesmo (*sic*), dessa forma o Réu nada mais fez do que todos esperamos (...), assumiu sua responsabilidade paternal (...)" (fl. 11). O engano teria sido gerado porque a mãe da criança cuja paternidade o autor assumiu teria "relações simultâneas com outro homem" (fl. 11). O autor inclusive continuaria a considerar a menor como sua filha até a atualidade. "Ou seja, conclui-se facilmente que a mãe da menor enganou o Réu provocando-lhe vários estragos em sua vida (...)" (fl. 11). Ter-se-ia, ao menos, o dever de aplicar para fins de sanção a figura privilegiada prevista no art. 242, parágrafo único, do Código Penal. O réu já teria cumprido sua pena, mas exigiria a correção de sua condenação.

Forte nessas alegações, requer o autor da revisão a procedência do pedido, "declarando-

se sua ABSOLVIÇÃO pois mesmo estando extinta a pena, precisa o Réu ver reconhecida sua absolvição, em nome de sua moral e honra" (fl. 18).

Em parecer (fls. 36/40), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da revisão criminal (devido à ausência de certidão de trânsito em julgado da condenação prolatada nos autos principais) ou, superada a questão, por sua improcedência.

É o relatório.

Processo sujeito a revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

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

Do Cabimento da Revisão Criminal

Inicialmente, observo que, em sede de cognição provisória e sumária, o preenchimento das hipóteses descritas nos incisos I a III do art. 621, do Código de Processo Penal, deve ser verificado com base na Teoria da Asserção, é dizer com observância do que foi alinhavado pelo requerente, sob pena de invasão do mérito da demanda.

Nesse sentido, a lição de Ada Pelegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes:

> Adota-se, nesse passo, a denominada teoria da afirmação (em italiano, prospettazione), pela qual a existência das condições da ação se afere, em cognição sumária e provisória, no momento do ajuizamento da demanda, de acordo com a alegação do autor, e não perante sua existência concreta. A inexistência efetiva, apurada em cognição profunda e exauriente, levará à rejeição da demanda, pelo mérito.
> (Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação. 6. ed. rev., atual. e ampl., 2ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 244).

Assim, afirmado pelo requerente o cabimento da revisão criminal com fulcro no artigo 621, I, do Código de Processo Penal, a efetiva subsunção do caso dos autos ao permissivo legal do pedido revisional, taxativamente elencado, é questão que toca ao próprio mérito da ação, de molde que, caso infundada a pretensão de ver reconhecida a violação ao texto expresso da lei, é de se decretar a improcedência da ação e não de deixar de admitir a revisão criminal.

Por outro lado, deve ser desde já ressaltado que a revisão criminal é ação penal originária que visa à desconstituição de sentença condenatória transitado em julgado, cabível em hipóteses excepcionais, quando a sentença rescindenda padece de vícios graves, que justificam o sacrifício da segurança jurídica (consubstanciada nos efeitos da coisa julgada material) em favor do valor da justiça material.

Quanto à ausência de certidão de trânsito em julgado da condenação nos autos de origem, tema aventado com pertinência pelo Ministério Público Federal, entendo que o requisito possa ser superado no caso concreto. Isso porque, em consulta ao sítio eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, obtive a informação de que o trânsito em julgado definitivo se operou em março de 2017, como informado na petição inicial. Assim, muito embora haja salutar previsão legal e regimental exigindo que se prove o trânsito em julgado da condenação objeto da revisão, entendo que se devam prestigiar os princípios processuais da instrumentalidade das formas,

do não reconhecimento de nulidade sem prejuízo e da razoável duração do processo, nos termos da legislação processual e da Constituição da República. Afinal, a extinção da ação sem julgamento de mérito no caso concreto apenas geraria novo ajuizamento idêntico, munido de informação que já é materialmente detida pelo órgão jurisdicional.

Postas essas premissas e vencida a etapa de admissibilidade da ação, passo ao exame da questão de fundo trazida.

Visa o autor do pleito em tela a desconstituição de sua condenação, que estaria em contrariedade à prova dos autos e à lei. O requerente foi condenado nos autos principais pela prática dos delitos tipificados no art. 242 do Código Penal e no art. 125, XIII, da Lei 6.815/80. O acórdão transitado em julgado, adotado pela Quinta Turma deste E. Tribunal, foi ementado nos seguintes termos:

> *PENAL. PROCESSUAL PENAL. ART. 242 DO CÓDIGO PENAL E ART. 125, XIII, DA LEI N. 6.815/80. PROCESSO DE TRANSFORMAÇÃO DE VISTO. DECLARAÇÃO FALSA. REGISTRO CIVIL. FILHO DE OUTREM. CRIME IMPOSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DOLO COMPROVADO. DOSIMETRIA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.*
> 1. Não há qualquer elemento nos autos a indicar que tenha o réu feito declaração falsa quanto à sua identidade ou apresentado pedido perante o órgão competente utilizando-se do nome Iffofa Poutouchi, ainda que seja sabido que o tenha utilizado em outras ocasiões, como confessado pelo próprio réu em Juízo (mídia à fl. 376). Nesse sentido a informação fornecida pelo Departamento de Polícia Federal de que não consta em seus sistemas solicitação de permanência em nome de Iffofa Poutouonchi (fl. 470). Insta apontar que não restou demonstrada falsidade quanto aos documentos apresentados pelo réu no processo administrativo em que consta aquele que é, em princípio, seu nome verdadeiro (Arouna Nsangou Njoya), tendo sido inclusive absolvido do crime de falso.
> 2. O dolo, a autoria e a materialidade de ambos os crimes, com relação ao registro da criança (CP, art. 242) e à falsa declaração de paternidade (Lei n. 6.815/80, art. 125, III), encontram-se satisfatoriamente comprovados.
> 3. Para configurar o crime impossível é necessário que o agente utilize meios absolutamente ineficazes ou se volte contra objetos absolutamente impróprios, tornando impossível a consumação do crime.
> 4. Não medra a alegação de ter sido cometido o delito "por motivo nobre". Pelo contrário, verifica-se motivação torpe por parte do apelante e da genitora que, na tentativa de ilicitamente beneficiar o réu, promoveram crime contra o estado de filiação, contra a regular constituição da família e contra a fé pública do Registro Civil, em detrimento a direito inerente ao estado civil do recém-nascido (Lei n. 8.069/90, art. 27), cujas graves consequências, ao que consta, remanescem no registro da criança até o presente, pois foram expedidos documentos essenciais ao regular exercício de seus direitos fundamentais contendo dado falso sobre a paternidade.
> 5. Apelação parcialmente provida.

O pedido de rescisão da condenação não comporta acolhida.

Conforme jurisprudência consolidada deste TRF-3, a revisão criminal não é ação que se preste ao amplo reexame da materialidade, da autoria e da dosimetria, ou ainda, à rediscussão de critérios subjetivos dos órgãos prolatores de condenação transitada em julgado. Esse posicionamento se encontra em firme consonância tanto com as hipóteses de cabimento da revisão criminal quanto com o respeito à coisa julgada, fator da maior relevância em qualquer ordenamento jurídico, e que, no Brasil, foi traduzido em comando constitucional (Constituição da República, art. 5º, XXXVI). Cito precedentes elucidativos deste Tribunal:

PENAL E PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. ART. 33, § 1º, DA LEI Nº 11.343/06. DOSIMETRIA. REGIME INICIAL. RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO. 1. A alteração da reprimenda em sede de Revisão Criminal só se justifica se foi praticada contra o "texto expresso da lei". Não há espaço para uso de Revisão Criminal com o escopo de obter dos membros do Tribunal um juízo subjetivo das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal que seja diverso do juízo manifestado pelo Magistrado "a quo" ou pelo Órgão Colegiado. 2. A revisão criminal não se presta para reavaliar os critérios subjetivos utilizados pelo magistrado, ao fazer a dosagem da pena, dentro dos limites previstos em lei. O pedido de revisão criminal não admite ampla revisão da pena aplicada, que nesta sede processual só pode ser modificada em caso de erro técnico ou de injustiça manifesta. 3. Adotada a teoria de domínio do fato e não se tratando de coação irresistível a afastar a culpabilidade do agente (art. 22 do CP), não se exige que este tenha pleno conhecimento da natureza e quantidade da droga traficada, bastando que tenha as condições suficientes para que possa conhecer as circunstâncias que levam à ilicitude dos fatos. 4. Caso em que a droga apreendida em poder do acusado (22,2 kg de cocaína) é de mediana expressão e, somada às demais circunstâncias judiciais, reclama a fixação da pena-base em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, quantum suficiente para satisfazer o escopo retributivo-preventivo da sanção penal. 5. Embora a quantidade da pena cuja soma não tenha ultrapassado o limite de oito anos, mas havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, ainda tendo em vista que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do "habeas corpus" nº 111.840, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, na redação dada pela Lei 11.464/07, que determina que a pena por delito de tráfico deve ser cumprida inicialmente em regime fechado, e considerando ainda a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis a justificar a fixação de regime de maior rigor na forma do artigo 33, § 3º, do Código Penal, o início do cumprimento das penas deve ser mantido. 6. Revisão criminal desprovida. (RVC 00037538620134030000, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO, TRF3 - PRIMEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/05/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PENAL - REVISÃO CRIMINAL - CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - ART. 621 INCISO I DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ALEGADA OFENSA AO ARTIGO 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM RAZÃO DE UTILIZAÇAÕ DE PROVA EMPRESTADA SEM OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO. E DE INOBSERVÂNCIA AO ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INOCORRÊNCIA. PRETENSO REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO E DA DOSIMETRIA DA PENA - PENA FIXADA DE ACORDO COM OS PARÂMETROS LEGAIS - CRITÉRIOS SUBJETIVOS DO JUÍZO. ALTERAÇÃO EM SEDE REVISIONAL. NÃO CABIMENTO. REVISÃO IMPROCEDENTE. 1. Consoante o entendimento pacífico desta Primeira Seção, as matérias tratadas nos incisos do artigo 621 do Código de Processo Penal consubstanciam o próprio mérito do pleito revisional e não pressupostos processuais de admissibilidade da ação. Preliminar de não conhecimento rejeitada. 2 O acórdão impugnado está bem fundamentado, pois expõe, detalhadamente, as razões pelas quais manteve a condenação do requerente pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, c/c art. 71 do Código Penal e art. 35, c.c artigo 40, inciso I, da Lei de Drogas. 3. As interceptações telefônicas, extraídas de inquérito policial anterior, sequer se enquadram no conceito de prova emprestada. Referidas interceptações são apenas elementos indiciários, trazidos aos autos e, então, submetidos ao contraditório das partes. Podem ser utilizados para a condenação, desde que corroborados por outras provas produzidas em sede judicial e sob o crivo do contraditório, em observância ao art. 155 do Código de Processo Penal. 4. Tal observância se deu nos autos, pois, além das interceptações telefônicas, o v. acórdão rescindendo deixou claro que "no interrogatório policial (fl. 12 apenso - Vol. IV), Cláudia apontou Mihiko como responsável pela organização da associação,

> bem como o fornecedor do entorpecente, o que restou confirmado pelos demais elementos de prova produzidos durante a instrução, em especial o depoimento do Policial Federal Roberto Wagner Caldeira e das interceptações telefônicas (fls. 04/44, 46/66 e 69/70)" 5. Vê-se, assim, que o v. acórdão rescindendo se valeu tanto de elementos indiciários, como de interrogatório prestado na fase policial pela corré, corroborados, entretanto, por depoimento testemunhal produzido em juízo, em estrita observância ao art. 155 do Código de Processo Penal. Além disso, fez constar, expressamente, no que consistiu o conteúdo do interrogatório da corré, bem como o depoimento da citada testemunha judicial. 6. O artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal exige afronta direta contra a lei ou contra a evidência dos autos, o que não se confunde com uma interpretação razoável e verossímil. No caso, o contexto probatório tornou plenamente possível o juízo condenatório em desfavor do requerente, inexistindo qualquer dúvida acerca da autoria e dolo 7. A revisão criminal não se presta para reavaliar os critérios subjetivos utilizados pelo magistrado, ao fazer a dosagem da pena, dentro dos limites previstos em lei. O pedido de revisão criminal não admite ampla revisão da pena aplicada, que nesta sede processual só pode ser modificada em caso de erro técnico ou de injustiça manifesta. 8. Preliminar rejeitada, no mérito, pedido revisional julgado improcedente. (RVC 00145505320154030000, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - QUARTA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/03/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Portanto, não há espaço nesta sede para rediscussão de critérios e valorações específicas de reprimendas, desde que amparadas na legislação em vigor e em provas constantes dos autos.

No caso concreto, o autor da revisão parte de premissa fática equivocada para alicerçar sua tese relativa à ausência de provas para condenação pela prática do crime de prestar declaração falsa às autoridades migratórias (Lei 6.815/80, art. 125, XIII). Isso porque, ao contrário do que se alega, o autor desta ação não foi condenado como incurso na prática criminosa citada em decorrência de utilizar o nome "Iffofa Poutouonchi"; quanto a isso, constatou-se que de fato o réu utilizou seu nome correto no pedido de transformação de visto que submeteu à apreciação das autoridades pátrias. No entanto, sua condenação se deu pela prestação de falsa informação quanto à paternidade de criança brasileira (Thamires Gabrielle de Andrade Njoya), tendo em vista ter conscientemente mentido a respeito. Transcrevo parcela do bem lançado voto condutor da condenação, de lavra do e. Des. Fed. André Nekatschalow (grifos ora acrescidos):

> *Materialidade. Falsa declaração de identidade (Lei n. 6.815/80, art. 125, XIII).* Assiste parcial razão à defesa no que tange à imputação do crime do art. 125, XIII, da Lei n. 6.815/80 quanto à suposta falsa declaração de identidade em procedimento de transformação de visto. Conforme se verifica da sentença, o MM. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido para condenar o réu pela prática do crime do art. 125, XIII, da Lei n. 6.815/80, fundamentando a decisão no fato de haver o apelante realizado 2 (duas) declarações falsas perante o Ministério da Justiça, quais sejam, acerca de sua identidade e acerca da paternidade da criança Thamires:
> 1. Análise da tipicidade
> 1.1. Introdução
> (...)
> 1.2. Dos elementos do fato típico
> Lei 6.85/80 (Estatuto do Estrangeiro)
> (...)
> A) Conduta Dolosa: Verifico que o acusado, de forma livre e consciente, flexionou os elementos objetivos do tipo penal previsto no artigo 125, XIII, da Lei n. 6815/80 na medida em que fez declaração falsa em processo de transformação de visto, ao mencionar outra denominação, ou seja, IFFOFA POUTOUCHI, quando, na realidade, seu nome verdadeiro é AROUNA NSANGOU NJOYA. Outrossim, apresentou declaração falsa de paternidade da criança Thamires

Gabrielle de Andrade Njoya.
B) Resultado: O crime restou plenamente consumado ao solicitar o réu, por duas vezes, a permanência definitiva perante a Delegacia de Imigração, declarando denominar-se IFFOFA e, posteriormente, AROUNA. Ainda, logrou apresentar declaração falsa de paternidade com o único objetivo de conseguir visto permanente no Brasil.
(...)
(fl. 503)
Entretanto, não há qualquer elemento nos autos a indicar que tenha o réu feito declaração falsa quanto à sua identidade ou apresentado pedido perante o órgão competente utilizando-se do nome "Iffofa Poutouchi", ainda que seja sabido que o tenha utilizado em outras ocasiões, como confessado pelo próprio réu em Juízo (mídia à fl. 376).
Nesse sentido a informação fornecida pelo Departamento de Polícia Federal de que não consta em seus sistemas solicitação de permanência em nome de "Iffofa Poutouonchi" (fl. 470). Insta apontar que não restou demonstrada falsidade quanto aos documentos apresentados pelo réu no processo administrativo em que consta aquele que é, em princípio, seu nome verdadeiro (Arouna Nsangou Njoya), tendo sido inclusive absolvido do crime de falso.
Portanto, deve ser parcialmente reformada a sentença no que tange à sua fundamentação, uma vez que não restou comprovada a materialidade delitiva quanto à 1 (uma) das condutas referentes ao crime do art. 125, XIII, da Lei n. 6.815/80 (falsa declaração de identidade).
Materialidade. Falsa declaração de paternidade (Lei n. 6.815/80, art. 125, XIII). Registro como sua de criança de outrem (Código Penal, art. 242). Quanto aos delitos do art. 242 do Código Penal (registro da criança) e do art. 125, XIII, da Lei n. 6.815/80 (falsa declaração da paternidade em processo de transformação de visto) encontra-se satisfatoriamente comprovada a materialidade delitiva pelos seguintes elementos:
a) certidão de nascimento de Thamires Gabrielle de Andrade Njoya, na qual consta como pai o réu Arouna Nsangou Njoya e como mãe Fernanda Celina Carvalho de Andrade, bem como que ambos foram declarantes na data de 06.03.06 (fl. 03);
b) declaração de convivência marital e de filiação referente a Thamires, preenchida por Arouna e firmada por Fernanda Celina Carvalho de Andrade (fl. 4);
c) requerimento de permanência definitiva preenchida e firmada pelo réu, datada de 22.03.06, em que declara ser pai da Thamires (fl. 5/5v.);
d) cópias do passaporte utilizado para instruir o pedido, em nome de Arouna Nsangou Njoya, bem como de certidão de nascimento e carteira nacional de identificação, ambos emitidos na República de Camarões em nome de Arouna Nsangou Njoya, com respectivas traduções juramentadas (fls. 6/36);
e) declaração médica no sentido de que Fernanda Celina C. Andrade deu a luz à uma criança do sexo feminino em 01.03.06, tendo ambas recebido alta em 04.03.06 (fl. 37);
f) auto de infração e notificação, com imposição de multa, em razão de haver o réu deixado de apresentar documento comprobatório de estada legal no País, datado de 22.03.06 (fl. 48);
g) relatório de missão policial realizada em 17.04.06 na qual foi averiguado que o réu nunca residiu e não era conhecido no prédio localizado no endereço declarado no pedido de permanência definitiva (fl. 51);
h) laudo de perícia papiloscópica no qual consta que as impressões digitais constantes do documento do Instituto Nacional de Identificação como pertencentes a Arouna Nsangou Njoya são as mesmas que constam do prontuário da Polícia Federal como pertencentes a Iffoffa Poutouonchi, tendo sido produzidas pela mesma pessoa (fls. 57/63);
i) termo de declarações de Ismaila Koda, também cidadão camaronês, no sentido de que Thamires é sua filha, apesar de ter sido registrada por sua ex-namorada Fernanda Celina Carvalho de Andrade como sendo filha de Arouna Nsangou Njoya (fls. 70/71);
j) exame de paternidade (DNA) que concluiu que "Ismaila Koda é o pai biológico de Thamires Gabrielle de Andrade Njoya com probabilidade de paternidade maior do que 99,99 por cento"

(fls. 72/76);
k) relatório de missão policial realizada em 08.10.08 na qual foi averiguado que o réu teria se mudado do endereço declarado no pedido de permanência definitiva há mais de 1 (um) ano (fl. 117);
l) passaporte original e respectivo laudo de perícia criminal federal (documentoscopia), o qual concluiu que o documento, em nome de Arouna Nsangou Njoya, é materialmente autêntico (fls. 350/357);
m) informação fornecida pela Embaixada de Camarões, emissora do documento, em que informa que o passaporte é autêntico, bem como que a pessoa Arouna Nsangou Njoya é de nacionalidade camaronesa e tem registro naquele órgão, o que não se verificou com relação aos nomes de Iffofa Poutouonchi e Poutou Yousself (fls. 341/342).
Autoria. Restou comprovada a autoria delitiva quanto ao delito do art. 242 do Código Penal (registro da criança) e quanto a 1 (uma) conduta do crime do art. 125, XIII, da Lei n. 6.815/80 (falsa declaração da paternidade em procedimento de transformação de visto).
O réu não foi ouvido perante a Autoridade Policial, pois não foi encontrado à época dos fatos (2006) e à época do recebimento da denúncia (2011). Após ter sido preso no ano de 2014, foi realizado seu interrogatório, tendo declarado em Juízo que, de fato, já havia feito uso do nome "Iffofa Poutouonchi" e de documentos falsos, mas que apresentou o pedido de permanência em seu nome verdadeiro, Arouna Nsangou Njoya, utilizando-se de documentos autênticos, o que restou comprovado, mesmo porque *é natural que o réu faria constar como genitor no registro da criança Thamires o seu verdadeiro nome para regularizar sua situação migratória*.
Negou o apelante, contudo, que teria promovido o registro de Thamires como sua filha com o intuito de obter visto permanente, pois realmente acreditara à época ser seu genitor, tendo estado presente durante a gravidez e também após o parto e convivido com a mãe da criança, Renata, durante alguns meses (mídia à fl. 376).
Sua versão não se sustenta.
Questionado pela acusação em seu interrogatório, o réu não soube declinar informações básicas acerca da criança e das circunstâncias de seu nascimento, em que alega teria estado presente. Não soube dizer seu nome completo, em qual hospital ou maternidade se deu o parto e tampouco qual teria sido o dia do nascimento. Referida conduta contrasta com aquela referente à sua outra filha, Yohanna Dantas Njoya, a cujas mesmas perguntas forneceu todas as respostas e de maneira natural e firme. Ademais, não soube esclarecer quanto tempo supostamente teria convivido com a mãe, apesar de constar em seu pedido de permanência declarações de terceiros (acerca dos quais também pouco soube informar) no sentido de que a menor vivia sob a guarda e dependência econômica do réu, em endereço no qual, contudo, não foi encontrado menos de 1 (um) mês após ter protocolado sua requisição, tendo sido informados os Policiais Federais que o réu "nunca residiu no endereço mencionado e não é conhecido no prédio" (fls. 39, 42 e 53).
Resta evidente que o apelante, dolosamente e em unidade de desígnios com a mãe Renata, ambos cientes de que o genitor da recém-nascida não era o apelante, promoveu o lançamento de informação falsa no assento de nascimento da criança acerca de sua paternidade, com o intuito de permitir que o réu requeresse perante o Ministério da Justiça a concessão de residência permanente, o que efetivamente fez poucos dias após o nascimento. Nesse sentido as declarações do pai biológico, Ismaila Koda, perante a Autoridade Policial (fl. 70). Observe-se que o apelante, por sua parte, não logrou produzir qualquer prova no sentido de que teria sido induzido a erro por parte de Renata.
Não medra a alegação de que os delitos devem ser considerados "crimes impossíveis" em razão de que nenhum benefício teria sido obtido pelo réu. Para configurar o crime impossível é necessário que o agente utilize meios absolutamente ineficazes ou se volte contra objetos absolutamente impróprios, tornando impossível a consumação do crime, consoante escólio de Julio Fabbrini Mirabete:

> O crime impossível, também denominado de tentativa impossível, tentativa inidônea, tentativa inadequada e quase crime, em que o agente, de forma alguma, conseguira chegar à consumação, motivo pelo qual a lei deixa de responsabilizá-lo pelos atos praticados, apresenta-se em duas espécies diferentes: pela ineficácia absoluta do meio e pela absoluta impropriedade do objeto.
> (Mirabete, Julio Fabbrini, Código penal interpretado, São Paulo, Atlas, 1999, p. 160)
> Não se trata, assim, de crime impossível, mesmo porque tendo sido cometidas as condutas típicas, consumaram-se os crimes com o falso registro da criança como sua filha e com a apresentação de falsa declaração no procedimento administrativo.

Como se nota, a premissa de que o réu foi condenado por utilização de nome falso não é compatível com as conclusões e o dispositivo do aresto transitado em julgado. O voto condutor deixa claro - a não mais poder - que não foi essa a condenação subsistente, mas sim a de que o ora autor (ali réu) declarou falsamente ter uma filha, a qual não era em verdade sua parente. Extrai-se da leitura do voto condutor que foram amplamente avaliados os elementos probatórios constantes dos autos de origem, concluindo-se - com firme alicerce no conjunto fático e jurídico pertinente - pela comprovação das condutas delitivas.

Aproveito para lembrar que a alegação de ausência de dolo do réu foi firmemente rechaçada no acórdão passado em julgado, de maneira que sua reavaliação nesta sede fugiria ao escopo da revisão criminal, que, reitero, não se presta à reanálise de provas ou mera repetição de teses já lançadas anteriormente. Para além disso, resta claro da leitura do trecho acima que as provas e o contexto fático concreto denotavam que o réu não tinha qualquer relação efetiva de proximidade com pessoa que falsamente registrou como sua, desconhecendo dados os mais básicos ou comezinhos acerca da menor, sua suposta filha (com quem manteria, segundo relata, íntima e profunda relação de afeto, até os dias atuais).

O autor não trouxe fatos novos ou demonstrou o descumprimento da legislação, mas ao contrário, tenta repisar teses já amplamente analisadas e pertinentemente rechaçadas no aresto agasalhado pelo manto da coisa julgada. Tampouco houve qualquer descumprimento de disposições cogentes do ordenamento, materiais ou processuais, tratando-se de processo válido (o que é incontroverso) e de condenação em que se demonstrou concretamente, por meio de minudente fundamentação, o amoldamento das condutas comprovadas do réu a dois tipos penais previstos na legislação penal pátria: o do art. 242 do Código Penal (ao registrar formalmente como sua filha que sabia não o ser, o que fica claro pela exposição transcrita *supra*); o do art. 125, XIII, da Lei 6.815/80 (ao declarar às autoridades migratórias, em processo de transformação de visto, possuir uma filha que sabia não ser sua).

Até mesmo a tese de que se deveria ter reconhecido a caracterização concreta da figura privilegiada do art. 242, parágrafo único, do Código Penal, foi examinada no *decisum* transitado em julgado, como se vê da transcrição abaixo:

> Tampouco assiste razão à defesa quanto à aplicabilidade do parágrafo único do art. 242 do Código Penal em razão de ter sido cometido o delito "por motivo nobre". Pelo contrário, verifica-se motivação torpe por parte do apelante e da genitora que, na tentativa de ilicitamente beneficiar o réu, promoveram grave crime atentatório ao Estado e aos direitos fundamentais da criança. Comprovados dolo, materialidade e autoria, a manutenção da condenação do acusado é medida que se impõe.

Por fim, registro que a revogação do tipo penal constante do art. 125, XIII, da Lei 6.815/80 não implica extinção da punibilidade da ré, tendo em vista que a conduta em questão constitui

mera espécie de prática tipificada no ordenamento pátrio, qual seja, a de prestar ou inserir declaração falsa em documentos (Código Penal, art. 299), de maneira que há continuidade normativo-típica a sustentar a manutenção da sanção penal. De resto, o tema poderia ser objeto de questionamento ao juízo da execução penal.

Não comprovada a ocorrência concreta de uma das hipóteses excepcionais vertidas no rol do art. 621 do Código de Processo Penal, não pode ter procedência um pedido revisional, que não se presta a ser manejado como sucedâneo recursal, de maneira a reavaliar critérios ou elementos específicos, mas sim a impedir a caracterização de flagrantes ilegalidades ou erros de julgamento objetivamente aferíveis, do que aqui não se cogita. *In casu*, tem-se julgamento plenamente fundamentado, com correta aplicação do ordenamento e amplas referências ao acervo probatório contido nos autos de origem, referências essas que não poderiam ser tomadas como equivocadas sem ampla demonstração nesse sentido (acrescida de provas), o que inexiste no caso desta revisão criminal, cuja improcedência fica, por todos esses elementos, clara.

Ante o exposto, julgo improcedente a revisão criminal.

É como voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0000578-14.2018.4.03.6110
(2018.61.10.000578-5)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E AFONSO CESAR BONONI
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SOROCABA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Classe do Processo: Ap. 76160
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/10/2018

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL REJEITADA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ESTADO DE NECESSIDADE. CRIME DE ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ART. 311 DO CP. AGRAVANTE. ART. 61, II, "B", DO CP. INCIDÊNCIA. CONCURSO MATERIAL. DOSIMETRIA DA PENA.
1. Preliminar de incompetência da Justiça Federal rejeitada. De acordo com os depoimentos das testemunhas e as circunstâncias do crime, está demonstrado que a maconha apreendida era proveniente do Paraguai, não sendo necessária prova do deslocamento do réu até aquele país para adquiri-la. Precedentes.
2. Materialidade e autoria e devidamente comprovadas.
3. Afastada a alegação de estado de necessidade justificante ou exculpante, seja como causa excludente da ilicitude, seja como causa de diminuição de pena (CP, art. 24, § 2º) ou mesmo como atenuante (CP, art. 65, III, "a").
4. Dificuldades financeiras são bastante comuns na sociedade contemporânea, mas isso não justifica que alguém cometa qualquer crime para superá-las, ainda mais o tráfico (transnacional ou não) de drogas, conduta com altíssimo grau de reprovação social.
5. Aceitar o cometimento de crime como justificativa para satisfação de necessidades individuais significaria abrir mão do mínimo sentido de civilidade e de organização social, na medida em que cada ser humano passaria a satisfazer suas próprias necessidades a qualquer custo, o que levaria a evidente caos social.
6. Materialidade e autoria comprovadas quanto ao crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor (CP, art. 311).
7. Dosimetria. Tráfico transnacional de drogas. A natureza e a quantidade da droga traficada (388,75 quilos de maconha) justificam a exasperação da pena-base em montante maior do que o fixado na sentença. Provimento do recurso da acusação.
8. O juízo reconheceu a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, "d"). Matéria que não foi objeto do recurso da acusação.
9. Agravante genérica do art. 62, IV, do Código Penal. Não incidência. O intuito de lucro encontra-se expresso em múltiplas condutas do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, de sorte que a aplicação de mencionada agravante poderia implicar *bis in idem*.

10. Correta a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006, relativa à transnacionalidade do delito, na fração de um sexto, haja vista que foi comprovado o fato de que a droga era proveniente do exterior.
11. Não incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, pois o *modus operandi* utilizado na prática do delito (transporte da droga em veículo clonado e com uso de placas adulteradas, por exemplo) indica que se trata de tráfico organizado, o que afasta a possibilidade de diminuição da pena pela razão indicada pela defesa.
12. Crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor (CP, art. 311). Pena-base fixada no mínimo legal.
13. Incidência da agravante prevista no art. 62, II, "b", do Código Penal, pois o acusado praticou o delito previsto no art. 311 do Código Penal para facilitar ou assegurar a execução do crime de tráfico transnacional de drogas.
14. O acusado, mediante mais de uma ação, praticou dois crimes distintos (tráfico transnacional de drogas e adulteração de sinal identificador de veículo automotor). Aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade, nos termos do art. 69 do Código Penal.
15. Regime inicial fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade.
16. Impossibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (CP, art. 44, I).
17. Rejeição da preliminar suscitada pela defesa. Apelação do MPF parcialmente provida. Apelação da defesa não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, REJEITAR A PRELIMINAR de incompetência da Justiça Federal; DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da acusação para majorar a pena-base do delito de tráfico transnacional de drogas e, relativamente ao crime do art. 311 do Código Penal, aplicar a agravante prevista no art. 61, II, "b", do Código Penal, e NEGAR PROVIMENTO ao recurso da defesa, ficando a pena total definitiva fixada em 13 (treze) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado; Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, decidiu fixar a pena de multa em 982 (novecentos e oitenta e dois) dias-multa, nos termos do voto Relator, vencido o Desembargador Federal Fausto de Sanctis que fixava, proporcionalmente, a pena de multa atinente ao delito do artigo 311 do CP em 68 dias-multa e, após a aplicação do concurso material, fixava a pena de multa total em 1039 dias-multa.

São Paulo, 09 de outubro de 2018.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Federal (MPF) e por AFONSO CESAR BONONI, por intermédio da Defensoria Pública da União (DPU), em face da sentença

proferida pela 3ª Vara Federal de Sorocaba/SP que absolveu o réu da prática do delito previsto no art. 180 do Código Penal, com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal, condenando-o às seguintes penas e crimes: 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, pela prática dos crimes descritos nos artigos 33, *caput*, e 40, I, ambos da Lei nº 11.343/2006 somada com a pena de 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, pelo crime tipificado no artigo 311 do Código Penal, em concurso material. A pena definitiva ficou fixada em 8 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 593 (quinhentos e noventa e três) dias-multa.

De acordo com o relatório da sentença (fls. 167/188), os fatos narrados na denúncia (fls. 85/87) foram assim resumidos:

> O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ofereceu denúncia em face de AFONSO CESAR BONONI (...) imputando-lhe a prática dos crimes previstos no artigo 33, "caput", combinado com o artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006 e artigos 180 e 311, do Código Penal, sob o fundamento de que o acusado, com vontade livre e consciente, importou do Paraguai, transportou e guardou a droga popularmente conhecida como "maconha", além de ter adquirido, em proveito próprio, automóvel que sabia ser produto de crime, o qual teve adulterado o respectivo número de chassi e componente de identificação. Segundo a peça acusatória, no dia 17 de fevereiro de 2018, na altura do quilômetro 94, da Rodovia Castelo Branco, em Sorocaba/SP "Policiais Rodoviários Estaduais realizavam patrulhamento de rotina quando avistaram um veículo Hyundai iX35, que aumentou a velocidade ao perceber a aproximação da viatura policial. Ao abordarem o condutor, perceberam forte odor de maconha no interior do veículo e avistaram um grande volume dentro de um saco plástico preto no banco traseiro. Este volume continha substância identificada como maconha, dividida em 558 pacotes de, aproximamente, 0,6 Kg cada, perfazendo o total de 388,750 kg. Prossegue o *Parquet* Federal narrando que o forte odor de maconha foi percebido pelos policiais logo na abordagem, quando então avistaram o volume contendo a substância entorpecente que ocupava o banco traseiro do veículo. Segundo consta da denúncia, o acusado teria dito que trazia a droga da cidade de Guaíra e que receberia pelo transporte a quantia de R$ 2.000,00 (dois mil reais). Relata o órgão ministerial que o local onde a droga foi adquirida e a quantidade apreendida indica a transnacionalidade do delito, o que importa na prática dos crimes previstos no artigo 33, 'caput', combinado com o artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006. Ainda segundo a denúncia, em data não sabida, mas no período entre 29 de janeiro de 2016 e 17 de fevereiro de 2018, data da abordagem narrada na denúncia, o acusado adquiriu, em proveito próprio, automóvel que sabia ser produto de crime, praticando, com a conduta em testilha, o crime descrito pelo artigo 180, do Código Penal. Segundo narra o órgão acusador "(...) após a abordagem, ao pesquisarem a placa GAC 2378, ostentada pelo veículo Hyunda iX35, os policiais verificaram tratar-se de veículo registrado na cidade de São Paulo, Sp. Ao entrarem em contato com o proprietário, ele afirmou que o automóvel original, de mesma marca e modelo, encontrava-se na garagem de sua residência. Após realizarem nova busca no veículo apreendido, os policiais localizaram outras duas placas de automóvel, escondidas debaixo do tapete do motorista, com a numeração GDC 9959, bem como um CLRV relativo à mesma numeração. Em consulta ao sistema, foi identificado automóvel com o número da placa GDC 9959 registrado em Campinas, SP. Ao entrarem em contato com o proprietário, verificaram que o automóvel original, da mesma marca e modelo, encontrava-se na garagem de sua residência. O Proprietário informou, ainda, ter recebido várias multas de cidades do Paraná." Conclui a denúncia, acerca do veículo, que os policiais constataram, afinal, que a numeração do chassi e do motor do veículo conduzido pelo acusado estavam adulteradas e, de parte do número do motor, identificaram que a placa original do veículo era FYG 3945, sob a qual incidia queixa de roubo em 29 de janeiro de 2016. Por fim, segundo o órgão acusador, em data não sabida,

> mas no período entre 29 de janeiro de 2016 e 17 de fevereiro de 2018, data da abordagem narrada na denúncia, o acusado adulterou o número do chassi identificador de veículo automotor e seu componente, praticando o crime descrito no artigo 311, *caput*, do Código Penal.

A denúncia foi recebida em 12 de março de 2018 (fls. 90/90v).

A sentença foi publicada em 24 de maio de 2018 (fls. 189).

Em suas razões de apelação (fls. 195/198), o MPF requer, quanto ao crime de tráfico transnacional de drogas, a majoração da pena-base e a incidência da agravante do crime praticado mediante paga ou promessa de recompensa, no termos do art. 62, IV, do Código Penal. Relativamente ao crime tipificado no art. 311 do Código Penal, requer a incidência da agravante prevista no art. 62, II, "b", do Código Penal (cometer o crime para facilitar ou assegurar a execução, à ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime).

Em suas razões de apelação (fls. 216/229), a defesa do acusado requer, preliminarmente, quanto ao delito de tráfico, seja declarada a incompetência da Justiça Federal porque não há provas de que a droga tenha origem estrangeira. Caso não acolhida a preliminar, requer a absolvição do réu em decorrência do estado de necessidade (justificante ou exculpante) e, caso não seja ele absolvido, pleiteia: a) a fixação da pena-base no mínimo legal; b) a diminuição da pena em dois terços, tendo em vista o estado de necessidade (CP, art. 24, § 2º); c) a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em seu patamar máximo; d) a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade; e) a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal. Quanto ao crime do art. 311 do Código Penal, requer a absolvição do réu, uma vez que não há prova da autoria.

Contrarrazões a fls. 211/215 (defesa) e 236/240v (acusação).

A Procuradoria Regional da República, em seu parecer (fls. 243/248), opinou pelo parcial provimento das apelações para: i) fixar a pena-base acima do mínimo legal; ii) considerar a incidência da agravante prevista no art. 61, II, "b", do Código Penal no crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor; e iii) aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em seu patamar mínimo.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Como relatado, trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Publico Federal (MPF) e pelo réu AFONSO CESAR BONONI, representado pela Defensoria Pública da União (DPU) em face da sentença que o condenou pela prática de tráfico transnacional de drogas (art. 33, *caput*, c.c art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006), em concurso material (CP, art. 69) com o crime previsto no art. 311 do Código Penal.

A defesa alega, preliminarmente, que a Justiça Federal não é competente para processar e julgar o feito porque não estaria comprovada a transnacionalidade do delito. Contudo, ao contrário do que alega, as testemunhas Aeliton Bueno da Silva e Elisa Miyuki Matsuura, policiais militares que atuaram no flagrante, disseram, tanto na fase extraprocessual como em

juízo, que a droga provinha do Paraguai. À autoridade policial disseram:

> Que o indivíduo também afirmou aos policiais que a pessoa com quem ele fez contato em Guaíra/PR disse que o veículo tinha sido abastecido com a maconha no Paraguai, bem como que o destino final da droga seria um posto de combustível em Guarulhos. (fls. 02/03 e 04/05 do IP)

Em juízo, afirmaram:

> Testemunha Aeliton: "esse veículo veio preparado do Paraguai, pegou na cidade de Guaíra/PR e entregaria num posto de combustível na cidade de Guarulhos - receberia cerca de R$ 2.000, 00" (cf. Cd a fls. 145).
> Testemunha Elisa: "me recordo da abordagem".. "pegou o carro preparado vindo do Paraguai e teria que entregar o carro em Guarulhos/SP" (cf. Cd a fls. 145).

Esses depoimentos são válidos e merecem total credibilidade, eis que tomados, em juízo, sob o crivo do contraditório. Nesse sentido:

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. *TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. TRANSNACIONALIDADE*. MATERIALIDADE COMPROVADA. AUTORIA E DOLO DEMONSTRADOS. DOSIMETRIA DA PENA. NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA. REINCIDÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. CAUSA DE AUMENTO DECORRENTE DA TRANSNACIONALIDADE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06 NÃO APLICADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 29, §1º, DO CP NÃO APLICADA. APELAÇÃO DA DEFESA NÃO PROVIDA.
> [...]
> 7. *Os depoimentos dos policiais que realizaram o flagrante, prestados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, têm credibilidade e são instrumentos hábeis a respaldar a condenação do réu, sobretudo quando adicionados às provas dos autos, entre elas a própria flagrância*.
> [...]
> 26. Apelação das defesas a que se nega provimento. (destaquei)
> (ACR 0000173-10.2015.4.03.6004/MS, Décima Primeira Turma, v.u., Rel. Des. José Lunardelli, j. 9.8.2016, DJF3 Judicial 1 - 18.8.2016)

Além do mais, salientou-se na sentença (fls. 170/170v) que:

> (...) a despeito da alegação da defesa de que não há prova de que o veículo que era conduzido pelo acusado ingressou em território estrangeiro, registre-se que o Laudo da Perícia Criminal Federal (informática) comprova, além de chamadas recebidas do Paraguai pelo telefone celular do acusado, que o acusado esteve em Salto del Guaíra, em 11/02/2018, conforme indicam as últimas geolocalizações do mesmo aparelho (fls. 104), o que comprova a origem internacional do entorpecente que era por ele transportado.

Noutro sentido, o réu, em seu interrogatório em juízo, disse que:

> (...) pegou o carro preparado com a maconha na cidade de Guaíra/PR e não foi até o Paraguai. (cf. mídia a fls. 145).

As circunstâncias do crime mostram que a maconha era proveniente do Paraguai e não é necessária prova do deslocamento do réu até aquele país para que se caracterize a transnacionalidade. Nesse sentido, já decidiu este Tribunal:

> PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. TRANSNACIONALIDADE COMPROVADA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PROVIDO.
> 1. *Para a configuração da transnacionalidade do delito, não é necessário que o agente ou o entorpecente ultrapasse as fronteiras do País. O delito, com essa causa de aumento, pode ocorrer no território nacional, desde que haja elementos indicativos de que o fato se relacione com o estrangeiro.*
> 2. Recurso em sentido estrito provido. (destaquei)
> (TRF3, RSE nº 0003287-61.2014.4.03.6110, Quinta Turma, Rel. Des. Federal André Nekatschalow, j. 23.02.2015, DJF 3 Judicial 1 03.03.2015)

Portanto, *REJEITO A PRELIMINAR* de incompetência da Justiça Federal.

Quanto ao *mérito*, registro, quanto ao crime de tráfico de drogas, que, embora a *materialidade* e a *autoria* não sejam objeto dos recursos, ambas estão devidamente comprovadas. A materialidade, pelo auto de apresentação e apreensão (fls. 8/9), pelo laudo de constatação preliminar (fls. 31/33) e pelo laudo de exame químico toxicológico (fls. 55/57), que atestam ser maconha a substância apreendida. A autoria, por sua vez, está demonstrada pela certeza visual do crime, proporcionada pela prisão em flagrante do acusado, corroborada pela prova oral produzida em contraditório durante a instrução processual.

Rejeito a alegação da existência do *estado de necessidade* e da *inexigibilidade de conduta diversa*, pois a alegação de que o acusado somente aceitou realizar a conduta por estar em dificuldades financeiras não exclui a ilicitude ou sua culpabilidade. Com efeito, o art. 24 do Código Penal dispõe que se considera "em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se".

No caso, o acusado não demonstrou ter praticado a conduta por estar em situação de perigo atual, em razão de suas dificuldades financeiras. Por outro lado, também não provou que sua conduta, ao praticar o delito, era inevitável para igual fim. Logo, não há que se falar em estado de necessidade, nos termos do artigo acima citado.

O estado de necessidade exculpante ou a inexigibilidade de conduta diversa não tem previsão expressa na legislação brasileira, sendo considerado causa extralegal (ou supralegal) de exclusão da culpabilidade, que ocorre quando é inexigível conduta diversa do agente, que sacrifica um valor em função de outro (v. TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5. ed., S. Paulo: Saraiva, 1994, pp. 176/181). Quando presente a causa, afasta-se a culpabilidade do agente, embora a conduta permaneça típica e antijurídica. Exige-se, todavia, proporcionalidade entre o valor salvo e o valor sacrificado.

No caso, isso não ocorre. Dificuldades financeiras são bastante comuns na sociedade contemporânea, mas isso não justifica que alguém cometa qualquer crime para superá-las, ainda mais o tráfico (transnacional ou não) de drogas, conduta com altíssimo grau de reprovação social. Aceitar o cometimento de crime como justificativa para satisfação de necessidades individuais (superar dificuldades financeiras, p. ex.) significaria abrir mão do mínimo sentido de civilidade e de organização social, na medida em que cada ser humano passaria a satisfazer suas próprias necessidades a qualquer custo, o que levaria a evidente caos social. Existem inúmeras alternativas para superar eventuais dificuldades financeiras, todas passando muito

longe da seara criminal, com total preservação de importantes valores como a paz social e a saúde pública.

Assim, as alegadas dificuldades do réu - que seriam superadas pelo transporte da droga - não justificam, de modo algum, o sacrifício de qualquer valor social, especialmente a saúde e a segurança públicas, bem como a paz social, considerando-se o alto poder viciante da droga traficada, que tanto mal faz a quem a utiliza, assim como aos efeitos deletérios que produz nas famílias dos viciados e em suas relações sociais.

Observo, ainda, que dificuldade financeira é argumento recorrente nos casos de tráfico transnacional de drogas, como no caso em exame. Contudo, esse tipo de alegação vem sendo rejeitada por este Tribunal, como se verifica, a título exemplificativo, na seguinte ementa:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. ESTADO DE NECESSIDADE E COAÇÃO MORAL IRRESTÍVEL. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA.
> 1. Dificuldades financeiras são bastante comuns na sociedade contemporânea, mas isso não justifica que alguém cometa qualquer crime para superá-las, ainda mais o tráfico (transnacional ou não) de drogas, conduta com altíssimo grau de reprovação social. Aceitar o cometimento de crime como justificativa para satisfação de necessidades individuais (superar dificuldades financeiras, p. ex.) significaria abrir mão do mínimo sentido de civilidade e de organização social, na medida em que cada ser humano passaria a satisfazer suas próprias necessidades a qualquer custo, o que levaria a evidente caos social.
> 2. As alegadas dificuldades do réu - que seriam superadas pelo transporte e entrega da droga - não justificam, de modo algum, o sacrifício de qualquer valor social, especialmente a saúde e a segurança públicas, bem como a paz social, considerando-se o alto poder viciante da droga traficada, que tanto mal faz a quem a utiliza, assim como aos efeitos deletérios que produz nas famílias dos viciados e em suas relações sociais.
> 3. Não há nenhuma dúvida de que o acusado, ao aceitar transportar significativa quantidade de cocaína, tinha clara e inequívoca consciência da sua conduta ilícita (tráfico transnacional de drogas), que possui elevado grau de reprovabilidade social e, por isso, era plenamente evitável.
> [...]
> 15. Apelações da acusação e da defesa parcialmente providas.
> (ACR 0009191-64.2016.4.03.6119, Décima Primeira Turma, Rel. Des. Federal Nino Toldo, j. 06.02.2018, e-DJF3 Judicial 1 21.02.2018)

No mesmo sentido: ACR 0001015-04.2013.4.03.6119, Décima Primeira Turma, Rel. Des. Federal José Lunardelli, j. 29.07.2014, e-DJF3 Judicial 1 05.08.2014; ACR 0004802-70.2015.4.03.6119, Décima Primeira Turma, Rel. Des. Federal Cecilia Mello, j. 08.08.2017, e-DJF3 Judicial 1 18.08.2017; ACR 0001831-71.2017.4.03.6110, Quinta Turma, Rel. Des. Federal Paulo Fontes, j. 22.01.2018, e-DJF3 Judicial 1 31.01.2018.

Por outro lado, não há nenhuma dúvida de que o acusado, ao aceitar transportar grande quantidade de maconha, tinha clara e inequívoca consciência da sua conduta ilícita (tráfico transnacional de drogas), que possui elevado grau de reprovabilidade social e, por isso, era plenamente evitável.

Portanto, *REJEITO* a alegação de estado de *necessidade justificante ou exculpante*, seja este como causa excludente da ilicitude, seja como causa de diminuição de pena (CP, art. 24, § 2º) ou mesmo como atenuante (CP, art. 65, III, "a").

Quanto ao crime do art. 311 do Código Penal (adulteração de sinal identificador de veículo automotor), a *materialidade* está devidamente comprovada pelo auto de apresentação e

apreensão (fls. 8/9) e pelo laudo da perícia criminal (veículos) a fls. 58/64, que conclui:

> (...) examinando macroscopicamente, com vista desarmada e com auxílio de iluminação natural e artificial, a superfície reservada ao Número de Identificação Veicular (VIN) do veículo em questão, bem como dos caracteres alfanuméricos gravados em baixo-relevo..., foram identificados sinais de adulteração no VIN (95PJU81DBGB033684). Após a realização de procedimentos forenses, constatou-se que o VIN original é 95PJU81DBGB033681.
> Em consulta aos registros do banco de dados Sinesp/Infoseg, realizada na data dos exames, verificou-se que o VIN original refere-se ao veículo marca Hunday modelo ix 35 2.0 Flex Automático, Base, ano de fabricação, modelo 2015/2016, de placas originais FYG-3945, do município de São Paulo/SP.

Além do mais, consta no laudo que a placa traseira do veículo (GAC 2378), do Munícipio de São Paulo havia sido adulterada, apresentando lacre rompido, bem como que houve alteração no sistema de suspensão traseiro, o que pode dissimular excesso de carga.

A defesa alega que não há prova da autoria, porém tal alegação não procede. Conforme ressaltou a juíza sentenciante (fls. 182/183):

> Com efeito, o que se observa é que, para facilitar a fiscalização ou confundir os chamados "radares inteligentes" o acusado adulterou as placas de identificação do veículo Hyndai iX35 que conduzia, utilizando-se de outras com numeral de veículo da mesma marca, modelo e cor, além de manter outras placas e documento sobressalente, bem como ferramentas e arames, a fim de que, durante a longa viagem, pudesse efetuar tantas trocas quantas fossem necessárias, justamente com o intuito de ludibriar a fiscalização da Polícia Rodoviária.

A testemunha Aeliton Bueno da Silva, ao depor em juízo, esclareceu (cf. mídia a fls. 145):

> (...) o acusado não viu a placa ser localizada sob o tapete, pois já estava um pouco afastado; *que acredita que o acusado sabia que a placa estava sob o tapete porque estava bem ao seu lado, além de que as pessoas que fazem o transporte tem o costume de parar em postos de combustíveis e alterar a placa para dificultar o monitoramento que é feito pelos radares inteligentes*; que é simples fazer a troca das placas, basta uma chave de fenda; que no veículo havia um kit de ferramentas; (destaquei)

Assim sendo, não há que se falar em ausência de provas da autoria desse delito.

Passo, assim, ao reexame da *dosimetria das penas.*

Crime de tráfico transnacional de drogas.

Na *primeira fase*, o juízo *a quo* fixou a pena-base em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, considerando que o delito praticado foi de extrema gravidade, tendo em vista a grande quantidade de maconha transportada (388,75 quilos). Salientou que, nos termos do art. 42, da Lei nº 11.343/2006, na fixação da pena devem ser consideradas, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga apreendida, além da personalidade e da conduta do agente.

A defesa requer que a pena-base seja fixada no mínimo legal, ao passo que o MPF requer sua elevação.

Nesse ponto, procede o recurso da acusação porque, levando-se em consideração a

quantidade e a natureza da droga apreendida, bem como o disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a pena-base pode ser exasperada ainda mais, razão pela qual fixo a pena-base em 10 (dez) anos de reclusão e 1.000 (um mil) dias-multa.

Na *segunda fase*, o juízo reconheceu a incidência da atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, "d"), reduzindo a pena em 1/6 (um sexto). Como isso não foi objeto do recurso da acusação, fica mantida a atenuante.

O MPF pede a incidência da agravante do art. 62, IV, do Código Penal (crime mediante paga ou promessa de recompensa).

O pedido não procede, pois o intuito de lucro encontra-se expresso em múltiplas condutas do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, de sorte que a aplicação de mencionada agravante poderia implicar *bis in idem*. Nesse sentido já decidiu esta Turma:

> PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DEFERIDO. INEXIGIBILIDADE DE CONTUDA DIVERSA E ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE. NÃO RECONHECIDOS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE MAJORADA EM MENOR PROPORÇÃO. AGRAVANTE MEDIANTE PAGA OU PROMESSA DE RECOMPENSA. NÃO APLICADA. CAUSA DE AUMENTO DECORRENTE DO USO DE TRANSPORTE PÚBICO. NÃO INCIDÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. APLICADA NO PERCENTUAL MÍNIMO. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS.
> (-)
> 2. A materialidade do delito restou comprovada pelo Auto de Apreensão de fls. 83 e pelo Laudo de Perícia Criminal Federal Preliminar de Constatação de fls. 13/16, além do Laudo de Perícia Criminal Federal - Química Forense de fls. 107/110, o qual atesta que a substância apreendida submetida ao exame era cocaína.
> (-)
> *6. Não há que se falar na aplicação da agravante prevista no art. 62, inciso IV, do Código Penal (mediante paga ou recompensa). Isso porque o intuito de lucro (dinheiro) encontra-se presente em múltiplas das diversas modalidades de condutas definidas no tipo penal e não pode ser utilizado para majorar a pena. Precedentes do STJ.*
> (-)
> 12. Apelação do réu parcialmente provida para conceder o benefício da justiça gratuita e majorar a pena-base em menor proporção e apelação ministerial parcialmente provida para reduzir o percentual da causa de diminuição, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, para o mínimo legal.
> (ACR nº 0002372-75.2015.4.03.6110, Décima Primeira Turma, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, j. 08.03.2016, e-DJF3 Judicial 1 13.03.2016) (destaquei)

Assim, nesta fase intermediária, a pena, atenuada em um sexto, passa para 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 833 (oitocentos e trinta e três) dias-multa.

Na *terceira fase*, foi correta a aplicação da causa de aumento prevista no inciso I do art. 40 da Lei nº 11.343/2006, relativa à transnacionalidade do delito, haja vista que ficou devidamente comprovado que a droga era proveniente do exterior. O aumento na fração de 1/6 (um sexto) foi razoável e condizente com a orientação firmada nesta Turma: ACR 0003048-86.2011.4.03.6005, Rel. Des. Federal Nino Toldo, j. 25.08.2015, e-DJF3 Judicial 1 28.08.2015; ACR 0006410-53.2007.4.03.6000, Rel. Des. Federal José Lunardelli, j. 06.10.2015, e-DJF3 Judicial 1 15.10.2015; ACR 0008341-15.2013.4.03.6119, Rel. Des. Federal Cecilia Mello, j. 06.10.2015, e-DJF3 Judicial 1 14.10.2015.

Assim, elevada em um sexto, a pena passa para 9 (nove) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 971 (novecentos e setenta e um) dias-multa.

O juízo *a quo* não aplicou a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 e isso é requerido pelo acusado, na fração máxima permitida (dois terços).

O juízo agiu corretamente ao não aplicar essa minorante porque, de acordo com a norma indicada, as penas do tráfico de drogas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, devendo esses quatro requisitos concorrer cumulativamente para que a minorante seja aplicada. No caso, o *modus operandi* utilizado na prática do delito (transporte da droga em veículo clonado e com uso de placas adulteradas, por exemplo) indica que se trata de tráfico organizado, o que afasta a possibilidade de diminuição da pena pela razão indicada pela defesa.

Portanto, não havendo causas de diminuição nem outras de aumento da pena, fica esta definitivamente estabelecida em *9 (nove) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 971 (novecentos e setenta e um) dias-multa*.

Crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor (CP, art. 311).

Na *primeira fase*, o juízo *a quo* fixou a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, considerando que não há circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado.

Mantenho a pena-base fixada, tendo em vista que o recurso da acusação não versou sobre esse tema.

Na *segunda fase*, não foram reconhecidas circunstâncias agravantes nem atenuantes. Contudo, o MPF pede seja aplicada a agravante prevista no art. 62, II, "b", do Código Penal (ter sido o crime cometido para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime).

Procede a pretensão da acusação porque, de fato, o acusado praticou esse delito para facilitar ou assegurar a execução do crime de tráfico transnacional de drogas, de modo que incide a referida agravante, na fração de 1/6 (um sexto). Nesse sentido, o seguinte precedente:

> PENAL - PROCESSUAL PENAL - ADULTERAÇÃO DE SINAL DE VEÍCULO AUTOMOTOR POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO - ARTIGO 311, § 1º E § 2º - PRELIMINARES REJEITADAS - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS - DOLO COMPROVADO - CONDENAÇÃO MANTIDA - PENA-BASE REVISTA - SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.
> [...]
> 15 - Vale destacar também que a jurisprudência e doutrina atuais são unânimes em ver na adulteração das placas a prática do delito previsto no artigo 311 do Código Penal. Precedentes.
> 16 - Contrariamente ao quanto aduzido pela defesa dos corréus, para a configuração do delito previsto no art. 311 do Código Penal, é impertinente a prova de qualquer fim específico na conduta do agente.
> [..]
> 19 - *Na segunda fase de fixação da pena, deve ser aplicada a agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea b, do Código Penal, para o delito previsto no artigo 311, à razão de 1/6, tal qual como lançada na r. sentença de primeiro grau, do que resulta a pena de 04 (quatro) anos e 01 (um) mês de reclusão, e pagamento de 12 (doze) dias-multa.*
> [..]
> 23 - Preliminares Rejeitadas. Recurso da Acusação Parcialmente Provido. Recursos da Defesa Rejeitados.

(TRF 3ª Região, Ap. 0105529-41.1998.4.03.6181/SP, Quinta Turma, Rel. Des. Federal Paulo Fontes, j. 05.10.2015, e-DJF3 Judicial 13.10.2015)

Desse modo, agravada em um sexto, a pena, nesta fase intermediária, fica fixada em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Na *terceira fase*, não há causas de aumento ou diminuição de pena.

Assim, a pena definitiva para este crime fica estabelecida em *3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.*

Concurso material

Considerando que o acusado, mediante mais de uma ação, praticou dois crimes distintos (tráfico transnacional de drogas e adulteração de sinal identificador de veículo automotor), aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade, nos termos do art. 69 do Código Penal. Desse modo, a pena total definitiva fica estabelecida em *13 (treze) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 982 (novecentos e oitenta e dois) dias-multa.* Mantenho o valor do dia-multa fixado na sentença.

O juízo fixou o *regime fechado* para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, o qual mantenho, considerando a pena aplicada. Observo que o acusado não teria direito a regime inicial menos gravoso, em razão da detração a que se refere o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, tendo em vista que ele foi preso em flagrante em 17.02.2018 e a sentença foi publicada em 24.05.2018 (fls. 189).

Não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, tendo em vista que falta requisito objetivo para tanto (CP, art. 44, I).

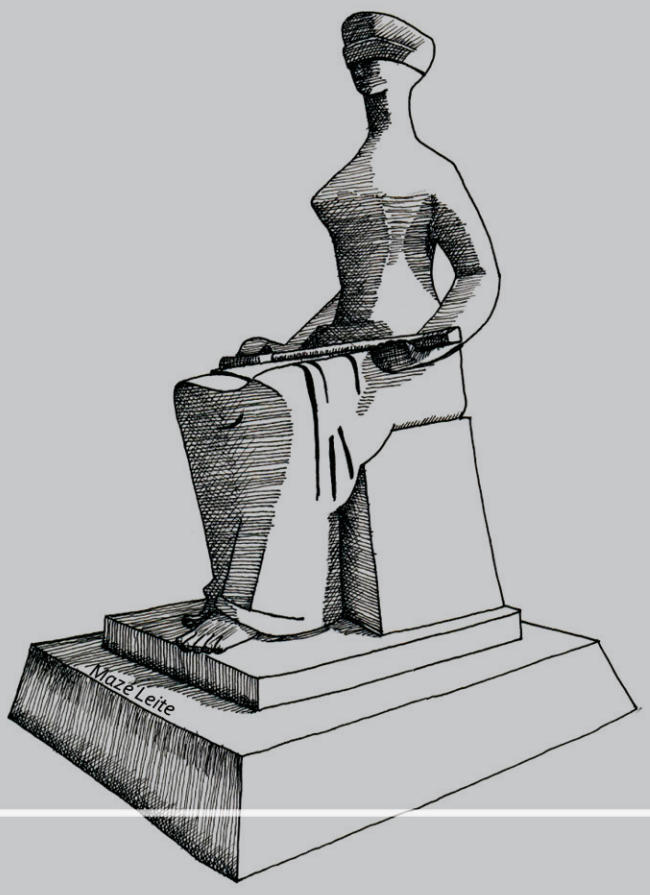
Posto isso, *REJEITO A PRELIMINAR* de incompetência da Justiça Federal; *DOU PARCIAL PROVIMENTO* ao recurso da acusação para majorar a pena-base do delito de tráfico transnacional de drogas e, relativamente ao crime do art. 311 do Código Penal, aplicar a agravante prevista no art. 61, II, "b", do Código Penal, e *NEGO PROVIMENTO* ao recurso da defesa, ficando a pena total definitiva fixada em 13 (treze) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 982 (novecentos e oitenta e dois) dias-multa, nos termos da fundamentação supra.

Comunique-se imediatamente o teor deste julgamento ao juízo da execução responsável, para as providências cabíveis.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

Direito Previdenciário



APELAÇÃO CÍVEL
0017170-28.2002.4.03.6100
(2002.61.00.017170-9)

Apelante: FRANCISCO ANIBAL XAVIER CASANOVA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL 10ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Classe do Processo: Ap 1588456
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/10/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. CONTRIBUIÇÕES EM ATRASO. CRITÉRIO DE CÁLCULO. LEGISLAÇÃO VIGENTE QUANDO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO
- Nos termos do art. 45, §1º da Lei 8.212/91, consoante a redação vigente em 25/01/2002, data do requerimento administrativo (fl. 54), "Para comprovar o exercício de atividade remunerada, com vistas à concessão de benefícios, será exigido do contribuinte individual, a qualquer tempo, o recolhimento das correspondentes contribuições".
- Dessa forma, para que seja considerado como tempo de contribuição o período de 08/70 a 10/78, é necessário o pagamento da respectiva indenização.
- A forma de cálculo do valor devido deve observar, porém, a legislação vigente quando da prestação do serviço, conforme jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça:
- Foi precisamente esse entendimento que foi aplicado por este tribunal em decisão liminar em agravo de instrumento julgado, por fim, prejudicado. O dispositivo da decisão liminar tem o seguinte teor: "defiro, em antecipação de tutela, parcialmente, a pretensão recursal tão-somente para que os recolhimentos relativos ao período de agosto de 1970 a outubro de 1978 sejam efetuados de acordo com a legislação vigente à época dos fatos, com a incidência de juros, relativos aos períodos respectivos, e multa moratória, nos termos do artigo 96,, IV, da Lei nº 8.213/91" (fl. 248).
- Nesses termos, o INSS procedeu aos devidos cálculos, chegando a um total de R$ 78,82, valor cujo pagamento foi comprovado pela Guia da Previdência Social de fl. 255.
- Dessa forma, paga a indenização devida nos termos da legislação aplicável, deve ser reconhecido ao autor o direito a expedição de certidão de tempo de contribuição para efeitos de contagem recíproca.
- Recurso de apelação a que se dá provimento. Agravo retido prejudicado.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 08 de outubro de 2018.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

FRANCISCO ANIBAL XAVIER CASANOVA ajuizou a presente ação em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS objetivando a expedição de certidão de tempo de contribuição do período compreendido entre 08/70 a 10/78, sem a necessidade de recolhimento das contribuições previdenciárias.

A sentença julgou improcedente o pedido (fls. 299/303).

Apelou o autor, alegando (fls.309/323) (i) que é ilícito o condicionamento da expedição da certidão ao pagamento das contribuições do referido período, já atingidas pela decadência (ii) que houve o pagamento das contribuições no período pleiteado, conforme cálculos da autarquia (fls. 256/260), comprovado pela guia juntada à fl. 255, (iii) que deve ser anulada a decisão pois apenas poderia ser proferida após julgamento de agravo de instrumento, (iv) nulidade da sentença por não ter considerado o documento que comprova esse pagamento

Sem contrarrazões.

Abriu-se prazo para manifestação do INSS sobre os documentos de fls. 255/260, no prazo de 10 (dez) dias, e, em havendo concordância, para expedição da respectiva certidão de tempo de contribuição (fl. 337).

O INSS informou que apenas apresentou cálculos para cumprir a decisão liminar no agravo de instrumento que determinou que fosse calculada a indenização de acordo com a legislação vigente à época dos fatos. Alega que essa forma de cálculo está, entretanto, em desacordo com a legislação vigente quando do requerimento e que o agravo de instrumento foi julgado prejudicado, de modo que perdeu eficácia a tutela antecipada nele concedida (fl. 339).

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Nos termos do art. 45, §1º da Lei 8.212/91, consoante a redação vigente em 25/01/2002, data do requerimento administrativo (fl. 54), "Para comprovar o exercício de atividade remunerada, com vistas à concessão de benefícios, será exigido do contribuinte individual, a qualquer tempo, o recolhimento das correspondentes contribuições".

Dessa forma, para que seja considerado como tempo de contribuição o período de 08/70 a 10/78, é necessário o pagamento da respectiva indenização.

A forma de cálculo do valor devido deve observar, porém, a legislação vigente quando da prestação do serviço, conforme jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. APOSENTADORIA. CONTRIBUIÇÕES EM ATRASO. RECOLHIMENTO. CÁLCULO. CRITÉRIO. JUROS E MULTA. ART. 45, § 2º, DA LEI Nº 8.212/91. LEI Nº 9.032/95. MODIFICAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA.
> 1. *Nos termos da firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quando o período que se pretende averbar for anterior à edição da Lei nº 9.032/95, o cálculo da indenização deve observar a legislação vigente à época em que prestado o labor.*
> 2. No caso concreto, o período que se pretende indenizar está compreendido entre 24 de

> abril de 1981 e 7 de março de 1991, portanto, anterior à Lei nº 9.032/95. Sendo assim, tem-se por indevida a cobrança de juros e multa sobre os valores apurados. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AGA 201100296043, OG FERNANDES - SEXTA TURMA, DJE DATA:13/06/2011 ..DTPB:.)

Trata-se, também, do entendimento adotado neste tribunal:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. CONTRIBUIÇÕES RECOLHIDAS EM ATRASO. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. CÁLCULO PELAS REGRAS VIGENTES À ÉPOCA DOS SERVIÇOS PRESTADOS. JUROS DE MORA E MULTA APENAS PARA PERÍODOS POSTERIORES À MP nº 1.523/96. *PERICULUM IN MORA* CARACTERIZADO. AGRAVO PROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. 1. A ação de origem tem como pedido a declaração do direito de que as contribuições recolhidas em atraso, relativas ao interstício de 02 a 12/1988, 03, 08, 10 e 12/1993, 01 a 12/1994 e 02 a 06/1995, reconhecido como tempo laborado como contribuinte individual, sejam calculadas pelas regras vigentes à época dos serviços prestados, condenando-se o INSS à expedição de GPS nesses termos, bem como, após o recolhimento dos valores, da respectiva certidão de tempo de contribuição.
> 2. *É assente a jurisprudência do C. STJ e desta E. Corte no sentido de que, para fins de pagamento da indenização, condição para comprovação de atividade remunerada exercida por contribuinte individual, o cálculo das contribuições recolhidas extemporaneamente devem ter por legislação de regência os dispositivos vigentes aos respectivos fatos geradores dos períodos que se busca averbar.* Precedentes.
> [...] (AI 00297656920154030000, DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/05/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Foi precisamente esse entendimento que foi aplicado por este tribunal em decisão liminar em agravo de instrumento julgado, por fim, prejudicado. O dispositivo da decisão liminar tem o seguinte teor: "defiro, em antecipação de tutela, parcialmente, a pretensão recursal tão-somente para que os recolhimentos relativos ao período de agosto de 1970 a outubro de 1978 sejam efetuados de acordo com a legislação vigente à época dos fatos, com a incidência de juros, relativos aos períodos respectivos, e multa moratória, nos termos do artigo 96,, IV, da Lei nº 8.213/91" (fl. 248).

Nesses termos, o INSS procedeu aos devidos cálculos, chegando a um total de R$ 78,82 (fl. 260), valor cujo pagamento foi comprovado pela Guia da Previdência Social de fl. 255.

Dessa forma, paga a indenização devida nos termos da legislação aplicável, deve ser reconhecido ao autor o direito a expedição de certidão de tempo de contribuição para efeitos de contagem recíproca.

Diante do exposto, *DOU PROVIMENTO* ao recurso de apelação para determinar que seja expedida a certidão de tempo de contribuição do período compreendido entre agosto de 1970 e outubro de 1978, *PREJUDICADO* o agravo retido.

Fixo os honorários sucumbenciais em 10% sobre o valor da causa, corrigido nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0004391-72.2006.4.03.6109
(2006.61.09.004391-4)

Apelantes: AGUINALDO ALVES DE SOUZA E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PIRACICABA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO
Classe do Processo: Ap 1675415
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/10/2018

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL OU, SUCESSIVAMENTE, APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. REMESSA NECESSÁRIA TIDA POR INTERPOSTA. SENTENÇA CONDICIONAL. NULIDADE. CONDIÇÕES DE JULGAMENTO IMEDIATO PELO TRIBUNAL. RECONHECIMENTO. ATIVIDADE ESPECIAL. RUÍDO. ENQUADRAMENTO COMO ESPECIAL. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. REAFIRMAÇÃO DA DER NA DATA DA CITAÇÃO. BENEFÍCIO CONCEDIDO. APOSENTADORIA ESPECIAL. OPÇÃO PELO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. EXECUÇÃO DO JULGADO SOMENTE SE A OPÇÃO FOR PELO BENEFÍCIO CONCEDIDO EM JUÍZO. TERMO INICIAL. DATA DA CITAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS PROCESSUAIS. REMESSA OFICIAL, TIDA POR INTERPOSTA, PROVIDA PARA ANULAR A SENTENÇA, PEDIDO JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE E APELAÇÃO DO INSS E DA PARTE AUTORA PREJUDICADAS.
1 - No caso, o INSS foi condenado a averbar o labor especial nos períodos de 02/05/1978 a 30/06/1980, 06/01/1984 a 31/12/2002 e de 19/12/2003 a 02/02/2006, condenando a Autarquia na implantação e pagamento do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, desde a data do requerimento administrativo (14/03/2006), se preenchidos todos os pressupostos legais. Assim, não havendo como se apurar o valor da condenação, trata-se de sentença ilíquida e sujeita ao reexame necessário, nos termos do inciso I, do artigo retro mencionado e da Súmula 490 do STJ.
2 - Fixados os limites da lide pela parte autora, veda-se ao magistrado decidir além (ultra petita), aquém (citra petita) ou diversamente do pedido (extra petita), consoante o art. 492 do CPC/2015. Em sua decisão, o juiz *a quo*, apesar do reconhecimento dos períodos especiais de 02/05/1978 a 30/06/1980, 06/01/1984 a 31/12/2002 e de 19/12/2003 a 02/02/2006, determinou que a Autarquia concedesse a aposentadoria por tempo de contribuição, se preenchidos todos os pressupostos legais. Desta forma, está-se diante de sentença condicional, eis que expressamente não foi analisado o pedido formulado na inicial, restando violado o princípio da congruência insculpido no art. 460 do CPC/73, atual art. 492 do CPC/2015. O caso, entretanto, não é de remessa dos autos à 1ª instância, uma vez que a legislação autoriza expressamente o julgamento imediato do processo quando presentes as condições para tanto. É o que se extrai do art. 1.013, § 3º, II, do Código de Processo Civil. Considerando que a causa encontra-se madura para julgamento - presentes os elementos necessários ao seu deslinde - e

que o contraditório e a ampla defesa restaram assegurados - com a citação válida do ente autárquico - e, ainda, amparado pela legislação processual aplicável, passa-se ao exame do mérito da demanda.
3 - Pretende a parte autora a concessão de aposentadoria especial ou, sucessivamente, aposentadoria por tempo de contribuição, desde o requerimento administrativo, em 14/03/2006, mediante o reconhecimento de labor especial, nos períodos de 02/05/1978 a 30/06/1980, 01/08/1980 a 13/12/1981, 02/08/1982 a 11/07/1983 e de 06/01/1984 a 02/02/2006.
4 - A aposentadoria especial foi instituída pelo artigo 31 da Lei n. 3.807, de 26.08.1960 (Lei Orgânica da Previdência Social, LOPS). Sobreveio a Lei n. 5.890, de 08.06.1973, que revogou o artigo 31 da LOPS, e cujo artigo 9º passou regrar esse benefício. A benesse era devida ao segurado que contasse 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, de serviços para esse efeito considerados penosos, insalubres ou perigosos, por decreto do Poder Executivo.
5 - O Decreto nº 53.831/64 foi o primeiro a trazer a lista de atividades especiais para efeitos previdenciários, tendo como base a atividade profissional ou a exposição do segurado a agentes nocivos. Já o Decreto nº 83.080/79 estabeleceu nova lista de atividades profissionais, agentes físicos, químicos e biológicos presumidamente nocivos à saúde, para fins de aposentadoria especial, sendo que, o Anexo I classificava as atividades de acordo com os agentes nocivos enquanto que o Anexo II trazia a classificação das atividades segundo os grupos profissionais.
6 - Atualmente, a aposentadoria especial encontra previsão no art. 57 da Lei nº 8.213/91.
7 - Logo, até a edição da Lei nº 9.032/95, era possível o reconhecimento da atividade especial: (a) com base no enquadramento na categoria profissional, desde que a atividade fosse indicada como perigosa, insalubre ou penosa nos anexos dos Decretos nº 53.831/64 ou 83.080/79 (presunção legal); ou (b) mediante comprovação da submissão do trabalhador, independentemente da atividade ou profissão, a algum dos agentes nocivos, por qualquer meio de prova, exceto para ruído e calor.
8 - A apresentação de laudo pericial, Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP ou outro formulário equivalente para fins de comprovação de tempo de serviço especial, somente passou a ser exigida a partir de 06.03.1997 (Decreto nº 2.172/97), exceto para os casos de ruído e calor, em que sempre houve exigência de laudo técnico para verificação do nível de exposição do trabalhador às condições especiais.
9 - Especificamente quanto ao reconhecimento da exposição ao agente nocivo ruído, por demandar avaliação técnica, nunca prescindiu do laudo de condições ambientais.
10 - Considera-se insalubre a exposição ao agente ruído acima de 80dB, até 05/03/1997; acima de 90dB, no período de 06/03/1997 a 18/11/2003; e superior a 85 dB, a partir de 19/11/2003.
11 - O Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), instituído pela Lei nº 9.528/97, emitido com base nos registros ambientais e com referência ao responsável técnico por sua aferição, substitui, para todos os efeitos, o laudo pericial técnico, quanto à comprovação de tempo laborado em condições especiais.
12 - Saliente-se ser desnecessário que o laudo técnico seja contemporâneo ao período em que exercida a atividade insalubre. Precedentes deste E. TRF 3º Região.
13 - A desqualificação em decorrência do uso de EPI vincula-se à prova da efetiva neutralização do agente, sendo que a mera redução de riscos e a dúvida sobre a eficá-

cia do equipamento não infirmam o cômputo diferenciado. Cabe ressaltar, também, que a tese consagrada pelo C. STF excepcionou o tratamento conferido ao agente agressivo ruído, que, ainda que integralmente neutralizado, evidencia o trabalho em condições especiais.

14 - Para comprovar que o trabalho exercido na empresa "Textil Reniria Ltda", no período de *02/05/1978 a 30/06/1980*, ocorreu em condições prejudiciais à saúde e à integridade física, o autor coligiu aos autos o formulário de fl. 23 e o laudo pericial de fls. 105/106. Referidos documentos atestam que o requerente exerceu a função de "Espulador" e esteve exposto a ruído de *92 dB(A)* no interregno. Reputo enquadrado como especial o período em questão, eis que desempenhado com sujeição a nível de pressão sonora superior ao limite de tolerância vigente à época da prestação dos serviços.

15 - No tocante ao período de *01/08/1980 a 13/12/1981*, laborado na empresa "Nicoletti Indústria Textil Ltda", o formulário de fl. 24 indica que a parte autora exerceu a função de "auxiliar de produção", não constando agente agressivo. Da descrição das atividades consta que "conferia os pedidos, separava e empacotava as peças a serem expedidas, conferir o estoque e efetuar os respectivos registros, como também vistoriar as mercadorias devolvidas". Da descrição das atividades não se vislumbra exposição a agente agressivo. A atividade não é especial.

16 - Quanto ao período de *02/08/1982 a 11/07/1983*, laborado na empresa "Pertile Indústria Têxtil Ltda", a parte autora apresentou o formulário de fl. 25, o qual atesta que, ao exercer a função de "suplente de tecelão", o requerente permaneceu exposto a ruído (sem quantificação) e fios de algodão.

17 - Importante ser dito que a ocupação do autor é passível de reconhecimento como tempo especial pelo mero enquadramento da categoria profissional, a despeito da ausência de previsão expressa nos anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79. É o que sedimentou a jurisprudência, uma vez que o Parecer nº 85/78 do Ministério da Segurança Social e do Trabalho teria conferido caráter de atividade especial a todos os trabalhos efetuados em tecelagens, cabendo ressaltar que tal entendimento aplica-se até 28/04/1995, data de promulgação da Lei nº 9.032. A partir de então, tornou-se indispensável a comprovação da efetiva submissão a agentes nocivos, para fins de reconhecimento da especialidade do labor. Precedentes. Possível, portanto, o reconhecimento da especialidade do labor no referido período.

18 - Finalmente, período de *06/01/1984 a 02/02/2006*, laborado na empresa "Goodyear do Brasil PR BOR LTDA", a parte aurora juntou aos autos o formulário de fl. 11, o laudo pericial de fl. 12 e o Perfil Profissiográfico Previdenciário de fls. 117/119, indica que a parte autora exerceu as funções de "Ajudante de Produção", "Classificador de Pneus", "Operador de Máquina de Variação de Força", "Qualificador e Consertador de Pneus", "Vulcanizador de Pneus", "Trocador de Moldes" e "Op. Coordenador na Prod", com exposição a níveis de ruído de: a) 06/01/1984 a 25/08/1984 - 90,5 dB(A), b) 26/08/1984 a 25/11/1985 - 85,7 dB(A), c) 26/11/1985 a 25/04/1987 - 85,7 dB(A), d) 26/04/1987 a 31/12/2002 - 90,5 dB(A), e) 01/01/2003 a 31/12/2003 - 85,8 dB(A), f) 01/01/2004 a 31/12/2004 - 85,8 dB(A), g) 01/01/2005 a 31/12/2005 - 90,4 dB(A), h)01/01/2006 a 31/12/2006 - 89,5 dB(A) e i) 01/01/2007 a 31/12/2007 - 89,1 dB(A). Possível assim, o enquadramento da atividade como especial nos interregnos de 06/01/1984 a 31/12/2002 e de 19/11/2003 a 15/12/2006 (data da citação), eis que desempenhada com sujeição a nível de pressão sonora superior ao limite de tolerância

vigente à época da prestação dos serviços, não se havendo falar em julgamento *extra petita*, dada a possibilidade de reafirmação da DER até a data da citação.
19 - Conforme planilha anexa, somando-se os períodos de atividade especial (02/05/1978 a 30/06/1980, 02/08/1982 a 11/07/1983, 06/01/1984 a 31/12/2002 e de 19/11/2003 a 15/12/2006), reconhecidos nesta demanda, verifica-se que na data do requerimento administrativo (14/03/2006), o autor contava com *24 anos, 05 meses e 01 dia de tempo especial*, não fazendo jus à concessão de aposentadoria especial.
20 - Considerando a reafirmação da DER na data da citação, em 15/12/2006, a parte autora contava com *25 anos, 02 mês e 02 dias de tempo de serviço especial*, suficientes para concessão da aposentadoria especial a partir da data da citação.
21 - Verifica-se que a parte autora recebe o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição. Sendo assim, faculta-se ao demandante a opção pela percepção do benefício que se lhe afigurar mais vantajoso, vedado o recebimento em conjunto de duas aposentadorias, nos termos do art. 124, II, da Lei nº 8.213/91. Condicionada a execução dos valores atrasados à opção pelo benefício concedido em Juízo, uma vez que se permitir a execução dos atrasados concomitantemente com a manutenção do benefício concedido administrativamente representaria uma "desaposentação" às avessas, cuja possibilidade - renúncia de benefício - é vedada por lei - art. 18, §2º da Lei nº 8.213/91 -, além do que já se encontra afastada pelo C. Supremo Tribunal Federal na análise do RE autuado sob o nº 661.256/SC.
22 - Caberá ao INSS proceder às simulações, e ao autor, por ocasião da execução do julgado, a opção pela aposentadoria na modalidade que se afigurar mais benéfica, lembrando que os valores em atraso serão devidos somente em relação ao benefício optado.
23 - O termo inicial do benefício deve ser fixado na data da citação, em 15/12/2006, descontados os eventuais valores pagos administrativamente ou a título de tutela antecipada.
24 - A correção monetária dos valores em atraso deverá ser calculada de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada, conforme julgamento proferido pelo C. STF, sob a sistemática da repercussão geral (Tema nº 810 e RE nº 870.947/SE), pelos índices de variação do IPCA-E, tendo em vista os efeitos *ex tunc* do mencionado pronunciamento.
25 - Os juros de mora, incidentes até a expedição do ofício requisitório, devem ser fixados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, por refletir as determinações legais e a jurisprudência dominante.
26 - Quanto aos honorários advocatícios, é inegável que as condenações pecuniárias da autarquia previdenciária são suportadas por toda a sociedade, razão pela qual a referida verba deve, por imposição legal, ser fixada moderadamente - conforme, aliás, preconizava o §4º, do art. 20 do CPC/73, vigente à época do julgado recorrido - o que restará perfeitamente atendido com o percentual de 10% (dez por cento), devendo o mesmo incidir sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, consoante o verbete da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça.
27 - O termo *ad quem* a ser considerado continua sendo a data da prolação da sentença, ainda que reformada. E isso se justifica pelo princípio constitucional da isonomia. Na hipótese de procedência do pleito em 1º grau de jurisdição e sucumbência da autarquia previdenciária, o trabalho do patrono, da mesma forma que no caso de

improcedência, perdura enquanto não transitada em julgado a decisão final. O que altera são, tão somente, os papéis exercidos pelos atores judicias que, dependendo da sorte do julgamento, ocuparão polos distintos em relação ao que foi decidido. Portanto, não se afigura lógico e razoável referido discrímen, a ponto de justificar o tratamento diferenciado, agraciando com maior remuneração profissionais que exercem suas funções em 1º e 2º graus com o mesmo empenho e dedicação. Precedentes.
28 - Isenta a Autarquia do pagamento de custas processuais.
29 - Remessa oficial, tida por interposta, provida para anular a sentença. Pedido julgado parcialmente procedente. Apelação do INSS e da parte autora prejudicadas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *dar provimento à remessa oficial, tida por interposta, para anular a r. sentença de 1º grau*, por se tratar de sentença condicional; com supedâneo no art. 1.013, §3º, II, do Código de Processo Civil, *julgar parcialmente procedente o pedido*, para reconhecer a especialidade do labor nos períodos de 02/05/1978 a 30/06/1980, 02/08/1982 a 11/07/1983, 06/01/1984 a 31/12/2002 e de 19/11/2003 a 15/12/2006, e condenar a Autarquia na implantação e pagamento da aposentadoria especial, desde a data da citação (15/12/2006), descontados eventuais valores pagos administrativamente ou a título de tutela antecipada, sendo que sobre os valores em atraso incidirá correção monetária de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada pelos índices de variação do IPCA-E, e juros de mora até a expedição do ofício requisitório, de acordo com o mesmo Manual, condenando-a, ainda, no pagamento da verba honorária, fixada em 10% sobre as parcelas vencidas, contadas estas até a data de prolação da sentença; *julgar prejudicada a análise da apelação do INSS e da parte autora*, e facultar ao autor a opção de percepção pelo benefício que lhe for mais vantajoso, e, por maioria, condicionar a execução dos valores atrasados à necessária opção por aquele cujo direito foi reconhecido em Juízo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de outubro de 2018.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelações interpostas pelas partes em ação previdenciária ajuizada por AGUINALDO ALVES DE SOUZA em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão de aposentadoria especial ou aposentadoria por tempo de contribuição, mediante o reconhecimento de trabalho exercido em condições especiais.

A tutela antecipada foi deferida em parte.

O INSS informou o cumprimento da tutela antecipada, com implantação de aposentadoria por tempo de contribuição.

A parte autora apresentou petição requerendo o cancelamento da aposentadoria por tempo de contribuição, afirmando interesse na aposentadoria especial. Requereu a reafirmação

da DER para 13/05/2008, para fins de concessão de aposentadoria especial.

A r. sentença de fls. 174/179 julgou parcialmente procedente o pedido, para reconhecer a especialidade dos trabalhos desempenhados nos períodos de 02/05/1978 a 30/06/1980, 06/01/1984 a 31/12/2002 e de 19/12/2003 a 02/02/2006, condenando a Autarquia a conceder o benefício se preenchidos todos os pressupostos legais, considerando a data da DER em 14/03/2006. Diferenças em atraso, observada a prescrição quinquenal, acrescidas de juros de 1% ao mês e corrigidas monetariamente, nos termos da Resolução 561/2007 que aprova o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. Em face da sucumbência recíproca, deixou de condenar em honorários advocatícios. Custas na forma da Lei.

A parte autora opôs embargos de declaração, alegando omissão quanto ao pedido de reafirmação da DER para concessão de aposentadoria especial.

Os embargos declaratórios forma rejeitados.

Em razões recursais de fls. 192/196, o INSS pleiteia a reforma da sentença, ao fundamento de ausência de prévia fonte de custeio total para concessão do benefício, bem como houve utilização de EPI eficaz. Face ao Princípio da Eventualidade, requer que o termo inicial do benefício seja fixado em 23/08/2009, data de apresentação dos documentos que possibilitaram o reconhecimento do labor especial, e que a correção monetária e os juros de mora observem o disposto na Lei 11.960/2009.

A parte autora também apela (fls. 199/208), requerendo o reconhecimento da natureza especial de todos os períodos vindicados na inicial, com a concessão de aposentadoria especial, com reafirmação da DER para 20/06/2008, e pagamento das parcelas vencidas, acrescidas de correção monetária, juros de mora, custas e honorários advocatícios.

Contrarrazões da parte autora às fls. 213/220.

O INSS deixou transcorrer *in albis* o prazo para contrarrazões.

Devidamente processados os recursos, foram os autos remetidos a este Tribunal Regional Federal.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

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

A sentença submetida à apreciação desta Corte foi proferida em 29/06/2010, sob a égide, portanto, do Código de Processo Civil de 1973.

De acordo com o artigo 475, § 2º do CPC/73:

> Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:
> I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;
> II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).
> §1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.
> §2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controverti-

> do, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.
> §3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

No caso, o INSS foi condenado a averbar o labor especial nos períodos de 02/05/1978 a 30/06/1980, 06/01/1984 a 31/12/2002 e de 19/12/2003 a 02/02/2006, condenando a Autarquia na implantação e pagamento do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, desde a data do requerimento administrativo (14/03/2006), se preenchidos todos os pressupostos legais.

Assim, não havendo como se apurar o valor da condenação, trata-se de sentença ilíquida e sujeita ao reexame necessário, nos termos do inciso I, do artigo retro mencionado e da Súmula 490 do STJ.

Trata-se de pedido de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, mediante o reconhecimento da natureza especial de períodos de labor.

Fixados os limites da lide pela parte autora, veda-se ao magistrado decidir além (*ultra petita*), aquém (*citra petita*) ou diversamente do pedido (*extra petita*), consoante o art. 492 do CPC/2015.

Em sua decisão, o juiz *a quo*, apesar do reconhecimento dos períodos especiais de 02/05/1978 a 30/06/1980, 06/01/1984 a 31/12/2002 e de 19/12/2003 a 02/02/2006, determinou que a Autarquia concedesse a aposentadoria por tempo de contribuição, se preenchidos todos os pressupostos legais.

Desta forma, está-se diante de sentença condicional, eis que expressamente não foi analisado o pedido formulado na inicial, restando violado o princípio da congruência insculpido no art. 460 do CPC/73, atual art. 492 do CPC/2015.

O caso, entretanto, não é de remessa dos autos à 1ª instância, uma vez que a legislação autoriza expressamente o julgamento imediato do processo quando presentes as condições para tanto. É o que se extrai do art. 1.013, § 3º, II, do Código de Processo Civil:

> A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.
> (...)
> § 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:
> (...)
> II - Decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir.

Considerando que a causa encontra-se madura para julgamento - presentes os elementos necessários ao seu deslinde - e que o contraditório e a ampla defesa restaram assegurados - com a citação válida do ente autárquico - e, ainda, amparado pela legislação processual aplicável, passo ao exame do mérito da demanda.

Pretende a parte autora a concessão de aposentadoria especial ou, sucessivamente, aposentadoria por tempo de contribuição, desde o requerimento administrativo, em 14/03/2006, mediante o reconhecimento de labor especial, nos períodos de 02/05/1978 a 30/06/1980, 01/08/1980 a 13/12/1981, 02/08/1982 a 11/07/1983 e de 06/01/1984 a 02/02/2006.

A aposentadoria especial foi instituída pelo artigo 31 da Lei n. 3.807, de 26.08.1960 (Lei Orgânica da Previdência Social, LOPS). Sobreveio a Lei n. 5.890, de 08.06.1973, que revogou

o artigo 31 da LOPS, e cujo artigo 9º passou regrar esse benefício. A benesse era devida ao segurado que contasse 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, de serviços para esse efeito considerados penosos, insalubres ou perigosos, por decreto do Poder Executivo.

O Decreto nº 53.831/64 foi o primeiro a trazer a lista de atividades especiais para efeitos previdenciários, tendo como base a atividade profissional ou a exposição do segurado a agentes nocivos.

Já o Decreto nº 83.080/79 estabeleceu nova lista de atividades profissionais, agentes físicos, químicos e biológicos presumidamente nocivos à saúde, para fins de aposentadoria especial, sendo que, o Anexo I classificava as atividades de acordo com os agentes nocivos enquanto que o Anexo II trazia a classificação das atividades segundo os grupos profissionais.

Atualmente, a aposentadoria especial encontra previsão no art. 57 da Lei nº 8.213/91, cuja redação prevê que "(...) será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, *conforme dispuser a lei* (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)". (grifos nossos)

Logo, até a edição da Lei nº 9.032/95, era possível o reconhecimento da atividade especial: (a) com base no enquadramento na categoria profissional, desde que a atividade fosse indicada como perigosa, insalubre ou penosa nos anexos dos Decretos nº 53.831/64 ou 83.080/79 (presunção legal); ou (b) mediante comprovação da submissão do trabalhador, independentemente da atividade ou profissão, a algum dos agentes nocivos, por qualquer meio de prova, exceto para ruído e calor.

A apresentação de laudo pericial, Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP ou outro formulário equivalente para fins de comprovação de tempo de serviço especial, somente passou a ser exigida a partir de 06.03.1997 (Decreto nº 2.172/97), exceto para os casos de ruído e calor, em que sempre houve exigência de laudo técnico para verificação do nível de exposição do trabalhador às condições especiais.

Especificamente quanto ao reconhecimento da exposição ao agente nocivo ruído, por demandar avaliação técnica, vale frisar, *nunca prescindiu do laudo de condições ambientais*.

O Quadro Anexo do Decreto nº 53.831/64, código 1.1.6, fixou o nível mínimo em 80dB. Por força do Quadro I do Anexo do Decreto nº 72.771/73, de 06/09/1973, esse nível foi elevado para 90dB.

O Quadro Anexo I do Decreto nº 83.080/79, mantido pelo Decreto nº 89.312/84, considera insalubres as atividades que expõem o segurado a níveis de pressão sonora superiores a 90 decibéis, de acordo com o Código 1.1.5. Essa situação foi alterada pela edição dos Decretos nºs 357, de 07/12/1991 e 611, de 21/07/1992, que incorporaram, a um só tempo, o Anexo I do Decreto nº 83.080, de 24/01/1979, que fixou o nível mínimo de ruído em 90dB e o Anexo do Decreto nº 53.831, de 25/03/1964, que fixava o nível mínimo de 80dB, de modo que prevalece este, por ser mais favorável.

De 06/03/1997 a 18/11/2003, na vigência do Decreto nº 2.172/97, e de 07/05/1999 a 18/11/2003, na vigência do Decreto nº 3.048/99, o limite de tolerância voltou a ser fixado em 90 dB.

A partir de 19/11/2003, com a alteração ao Decreto nº 3.048/99, Anexo IV, introduzida pelo Decreto nº 4.882/03, o limite de tolerância do agente nocivo ruído caiu para 85 dB.

Observa-se que no julgamento do REsp 1398260/PR (Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 14/05/2014, DJe 05/12/2014), representativo de controvérsia, o STJ reconheceu

a impossibilidade de aplicação retroativa do índice de 85 dB para o período de 06/03/1997 a 18/11/2003, devendo ser aplicado o limite vigente ao tempo da prestação do labor, qual seja, 90dB.

Assim, temos o seguinte quadro:

Período Trabalhado	Enquadramento	Limites de Tolerância
Até 05/03/1997	1. Anexo do Decreto nº 53.831/64. 2. Decretos nºs 357/91 e 611/92	80 dB
De 06/03/1997 a 18/11/2003	Anexo IV do Decreto nº 2.172/97 Anexo IV do Decreto nº 3.048/99, redação original	90dB
A partir de 19/11/2003	Anexo IV do Decreto nº 3.048/99, com a alteração do Decreto nº 4.882/03	85 dB

Importante ressaltar que o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), instituído pela Lei nº 9.528/97, emitido com base nos registros ambientais e com referência ao responsável técnico por sua aferição, substitui, para todos os efeitos, o laudo pericial técnico, quanto à comprovação de tempo laborado em condições especiais.

Saliente-se, mais, e na esteira de entendimento deste E. TRF, "a desnecessidade de que o laudo técnico seja contemporâneo ao período em que exercida a atividade insalubre, em face de inexistência de previsão legal para tanto, e desde que não haja mudanças significativas no cenário laboral" (TRF-3, APELREEX 0004079-86.2012.4.03.6109, OITAVA TURMA, Rel. Des. Fed. TANIA MARANGONI, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 15/05/2015). No mesmo sentido: TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1423903 - 0002587-92.2008.4.03.6111, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES, julgado em 24/10/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/11/2016).

Por derradeiro, no que se refere ao uso de equipamento de proteção individual, verifica-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 664.335/SC, em sede de repercussão geral, fixou duas teses:

> (...) a primeira tese objetiva que se firma é: o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial. A Administração poderá, no exercício da fiscalização, aferir as informações prestadas pela empresa, sem prejuízo do inafastável judicial review. Em caso de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do Equipamento de Proteção Individual, a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial. Isto porque o uso de EPI, no caso concreto, pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submete;
> (...)
> a segunda tese fixada neste Recurso Extraordinário *é a seguinte: na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria* (STF, ARE 664.335, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 04/12/2014, DJe n. 29, de 11.02.2015, public. 12.02.2015) (grifos nossos).

Destarte, a desqualificação em decorrência do uso de EPI vincula-se à prova da efetiva

neutralização do agente, sendo que a mera redução de riscos e a dúvida sobre a eficácia do equipamento não infirmam o cômputo diferenciado. Cabe ressaltar, também, que a tese consagrada pelo C. STF excepcionou o tratamento conferido ao agente agressivo ruído, que, ainda que integralmente neutralizado, evidencia o trabalho em condições especiais.

Saliente-se que, conforme declinado alhures, a apresentação de laudos técnicos de forma extemporânea não impede o reconhecimento da especialidade, eis que de se supor que, com o passar do tempo, a evolução da tecnologia tem aptidão de redução das condições agressivas. Portanto, se constatado nível de ruído acima do permitido, em períodos posteriores ao laborado pela parte autora, forçoso concluir que, nos anos anteriores, referido nível era superior.

Do caso concreto.

Para comprovar que o trabalho exercido na empresa "Textil Reniria Ltda", no período de *02/05/1978 a 30/06/1980*, ocorreu em condições prejudiciais à saúde e à integridade física, o autor coligiu aos autos o formulário de fl. 23 e o laudo pericial de fls. 105/106. Referidos documentos atestam que o requerente exerceu a função de "Espulador" e esteve exposto a ruído de *92 dB(A)* no interregno. Reputo enquadrado como especial o período em questão, eis que desempenhado com sujeição a nível de pressão sonora superior ao limite de tolerância vigente à época da prestação dos serviços.

No tocante ao período de *01/08/1980 a 13/12/1981*, laborado na empresa "Nicoletti Indústria Textil Ltda", o formulário de fl. 24 indica que a parte autora exerceu a função de "auxiliar de produção", não constando agente agressivo. Da descrição das atividades consta que "conferia os pedidos, separava e empacotava as peças a serem expedidas, conferir o estoque e efetuar os respectivos registros, como também vistoriar as mercadorias devolvidas". Da descrição das atividades não se vislumbra exposição a agente agressivo. A atividade não é especial.

Quanto ao período de *02/08/1982 a 11/07/1983*, laborado na empresa "Pertile Indústria Têxtil Ltda", a parte autora apresentou o formulário de fl. 25, o qual atesta que, ao exercer a função de "suplente de tecelão", o requerente permaneceu exposto a ruído (sem quantificação) e fios de algodão.

Importante ser dito que a ocupação do autor é passível de reconhecimento como tempo especial pelo mero enquadramento da categoria profissional, a despeito da ausência de previsão expressa nos anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79. É o que sedimentou a jurisprudência, uma vez que o Parecer nº 85/78 do Ministério da Segurança Social e do Trabalho teria conferido caráter de atividade especial a todos os trabalhos efetuados em tecelagens, cabendo ressaltar que tal entendimento aplica-se até 28/04/1995, data de promulgação da Lei nº 9.032. A partir de então, tornou-se indispensável a comprovação da efetiva submissão a agentes nocivos, para fins de reconhecimento da especialidade do labor. Sobre o tema, confira-se os julgados a seguir transcritos:

> PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO / CONTRIBUIÇÃO. TEMPO DE LABOR EXERCIDO SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS.
> (...)
> - Até a edição da Lei nº 9.032/95, a conversão era concedida com base na categoria profissional classificada de acordo com os anexos dos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79 (rol meramente exemplificativo) - todavia, caso não enquadrada em tais Decretos, podia a atividade ser considerada especial mediante a aplicação do entendimento contido na Súm. 198/TFR. Após a Lei nº 9.032/95, passou a ser necessário comprovar o exercício de atividade prejudicial à saúde por meios de formulários ou de laudos. Com a edição da Lei nº 9.528/97, passou-se a ser necessária a apresentação de laudo técnico para a comprovação de atividade insalubre.

- A apresentação de Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP substitui o laudo técnico, sendo documento suficiente para aferição das atividades nocivas a que esteve sujeito o trabalhador. A extemporaneidade do documento (formulário, laudo técnico ou Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP) não obsta o reconhecimento de tempo de trabalho sob condições especiais.
(...)
- A atividade de tecelão é passível de ser reconhecida como especial, a despeito de não prevista expressamente nos anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, em razão do Parecer nº 85/78, do Ministério da Segurança Social e do Trabalho, até o advento da Lei nº 9.032/95.
- Dado parcial provimento tanto à remessa oficial como ao recurso de apelação da autarquia previdenciária e dado provimento ao recurso adesivo da parte autora.
(TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, APELREEX - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1966803 - 0008411-68.2012.4.03.6183, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS, julgado em 13/02/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/02/2017) (grifos nossos)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RETIDO. NÃO-CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PROPORCIONAL.LABOR RURAL. IDADE MÍNIMA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL E PROVA TESTEMUNHAL. ATIVIDADE ESPECIAL. SENTENÇA ULTRA PETITA. TECELÃO. *LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. PARECER DO MINISTÉRIO DA SEGURANÇA SOCIAL E DO TRABALHO. POSSIBILIDADE ATÉ A EDIÇÃO DA LEI 9.032/95*. CONVERSÃO. IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS - TEMPO DE SERVIÇO E CARÊNCIA.RECONHECIMENTO. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
(...)
4. Relativamente ao enquadramento de atividade como especial, uma vez prestado o serviço sob a égide de legislação que o ampara, o segurado adquire o direito à contagem como tal, bem como à comprovação das condições de trabalho na forma então exigida. 5. É ultra petita a sentença que extrapola os limites do pedido, reconhecendo a especialidade de períodos não pretendidos na inicial, devendo ser adequada de ofício. 6. *O Parecer nº 85/78 do Ministério da Segurança Social e do Trabalho confere o caráter de atividade especial a todos os trabalhos efetuados em tecelagens. Possível, portanto, o reconhecimento da especialidade da atividade de tecelão até 28-04-95, data imediatamente anterior à vigência da Lei n 9.032, que passou a exigir prova concreta da sujeição do segurado a agentes nocivos à saúde ou à integridade física*. 7. Admitida a especialidade do labor, é possível a sua conversão para tempo de serviço comum. 8. Presentes os requisitos de tempo de serviço e carência, é devida a aposentadoria proporcional, desde a data do requerimento administrativo. 9. A correção monetária deve ser calculada na forma prevista na Lei nº 6.899/81, incidindo a partir da data em que deveria ter sido paga cada parcela, nos termos das Súmulas 43 e 148 do STJ, pelos índices oficiais. 10. Os honorários advocatícios, a cargo do INSS, são devidos no percentual de 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, excluídas as parcelas vincendas, a teor da Súmula 111 do STJ e conforme entendimento pacificado na Seção Previdenciária deste TRF.11. Sentença adequada de ofício aos limites do pedido. Apelação da parte-autora provida e apelação do INSS e remessa oficial parcialmente providas.
(TRF-4 - AC: 116342 SC 2000.04.01.116342-2, Relator: LUIZ CARLOS CERVI, Data de Julgamento: 07/05/2003, QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 14/05/2003 PÁGINA: 1048) (grifos nossos)

Possível, portanto, o reconhecimento da especialidade do labor no referido período.

Finalmente, período de *06/01/1984 a 02/02/2006*, laborado na empresa "Goodyear do Brasil PR BOR LTDA", a parte aurora juntou aos autos o formulário de fl. 11, o laudo pericial de fl. 12 e o Perfil Profissiográfico Previdenciário de fls. 117/119, indica que a parte autora exerceu as funções de "Ajudante de Produção", "Classificador de Pneus", "Operador de Máquina de Va-

riação de Força", "Qualificador e Consertador de Pneus", "Vulcanizador de Pneus", "Trocador de Moldes" e "Op. Coordenador na Prod", com exposição a níveis de ruído de:

06/01/1984 a 25/08/1984 - 90,5 dB(A)
26/08/1984 a 25/11/1985 - 85,7 dB(A)
26/11/1985 a 25/04/1987 - 85,7 dB(A)
26/04/1987 a 31/12/2002 - 90,5 dB(A)
01/01/2003 a 31/12/2003 - 85,8 dB(A)
01/01/2004 a 31/12/2004 - 85,8 dB(A)
01/01/2005 a 31/12/2005 - 90,4 dB(A)
01/01/2006 a 31/12/2006 - 89,5 dB(A)
01/01/2007 a 31/12/2007 - 89,1 dB(A)

Possível assim, o enquadramento da atividade como especial nos interregnos de 06/01/1984 a 31/12/2002 e de 19/12/2003 a 15/12/2006 (data da citação), eis que desempenhada com sujeição a nível de pressão sonora superior ao limite de tolerância vigente à época da prestação dos serviços, não se havendo falar em julgamento *extra petita*, dada a possibilidade de reafirmação da DER até a data da citação.

Conforme planilha anexa, somando-se os períodos de atividade especial (02/05/1978 a 30/06/1980, 02/08/1982 a 11/07/1983, 06/01/1984 a 31/12/2002 e de 19/12/2003 a 15/12/2006), reconhecidos nesta demanda, verifica-se que na data do requerimento administrativo (14/03/2006), o autor contava com *24 anos, 04 meses e 01 dia de tempo especial*, não fazendo jus à concessão de aposentadoria especial.

Entretanto, considerando a reafirmação da DER na data da citação, em 15/12/2006, a parte autora contava com *25 anos, 01 mês e 02 dias de tempo de serviço especial*, suficientes para concessão da aposentadoria especial a partir da data da citação.

Verifica-se, conforme extratos do CNIS ora anexados, que a parte autora recebe o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, desde 14/12/2012. Sendo assim, faculto ao demandante a opção pela percepção do benefício que se lhe afigurar mais vantajoso, vedado o recebimento em conjunto de duas aposentadorias, nos termos do art. 124, II, da Lei nº 8.213/91, e, com isso, condiciono a execução dos valores atrasados à opção pelo benefício concedido em Juízo, uma vez que se permitir a execução dos atrasados concomitantemente com a manutenção do benefício concedido administrativamente representaria uma "desaposentação" às avessas, cuja possibilidade - renúncia de benefício - é vedada por lei - art. 18, §2º da Lei nº 8.213/91 -, além do que já se encontra afastada pelo C. Supremo Tribunal Federal na análise do RE autuado sob o nº 661.256/SC.

Neste sentido também:

> PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. IMPUGNAÇÃO À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. OPÇÃO PELO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO, DEFERIDO NA VIA ADMINISTRATIVA. EXECUÇÃO DAS PARCELAS ATRASADAS DO BENEFÍCIO CONCEDIDO JUDICIALMENTE. IMPOSSIBILIDAE.
> I - O cerne da controvérsia consiste em admitir-se, ou não, a execução parcial do título que concedeu ao exequente o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.
> II - *Admitir que o agravado faria jus ao recebimento do beneficio concedido administrativamente, e também às diferenças da concessão judicial da aposentadoria, violaria o que dispõe o art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91.*

> III - Após a aposentação, o segurado não poderá utilizar os salários de contribuição, bem como o período laborado posteriormente à sua aposentadoria para qualquer outra finalidade que não aquela ali expressamente reconhecida.
> IV - Não há dúvidas de que o segurado tem o direito de optar pelo benefício que considera mais vantajoso, mas, como toda escolha, há vantagens e desvantagens que devem ser sopesadas. A vantagem de se aposentar mais cedo implica na percepção antecedente do benefício e durante maior tempo. Reside a desvantagem no fato de que o valor de seu benefício será menor se comparado àquele percebido pelo segurado cuja opção foi a de trabalhar durante maior tempo.
> V - Agravo de instrumento do INSS provido.
> (*TRF 3ª Região, NONA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 586453 - 0014873-24.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS, julgado em 30/01/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/02/2017*) (grifos nossos)

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data da citação, em 15/12/2006, descontados os eventuais valores pagos administrativamente ou a título de tutela antecipada.

A correção monetária dos valores em atraso deverá ser calculada de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada, conforme julgamento proferido pelo C. STF, sob a sistemática da repercussão geral (Tema nº 810 e RE nº 870.947/SE), pelos índices de variação do IPCA-E, tendo em vista os efeitos *ex tunc* do mencionado pronunciamento.

Os juros de mora, incidentes até a expedição do ofício requisitório, devem ser fixados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, por refletir as determinações legais e a jurisprudência dominante.

Quanto aos honorários advocatícios, é inegável que as condenações pecuniárias da autarquia previdenciária são suportadas por toda a sociedade, razão pela qual a referida verba deve, por imposição legal, ser fixada moderadamente - conforme, aliás, preconizava o §4º, do art. 20 do CPC/73, vigente à época do julgado recorrido - o que restará perfeitamente atendido com o percentual de 10% (dez por cento), devendo o mesmo incidir sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, consoante o verbete da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça.

O termo *ad quem* a ser considerado continua sendo a data da prolação da sentença, ainda que reformada. E isso se justifica pelo princípio constitucional da isonomia. Explico. Na hipótese de procedência do pleito em 1º grau de jurisdição e sucumbência da autarquia previdenciária, o trabalho do patrono, da mesma forma que no caso de improcedência, perdura enquanto não transitada em julgado a decisão final. O que altera são, tão somente, os papéis exercidos pelos atores judicias que, dependendo da sorte do julgamento, ocuparão polos distintos em relação ao que foi decidido. Portanto, não considero lógico e razoável referido discrímen, a ponto de justificar o tratamento diferenciado, agraciando com maior remuneração profissionais que exercem suas funções em 1º e 2º graus com o mesmo empenho e dedicação.

Por tais razões, imperiosa a fixação do termo final, para a incidência da verba honorária, na data da prolação da sentença.

Neste sentido, aliás, existem precedentes dessa 7ª Turma:

> AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO CÍVEL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPROVIMENTO.
> 1 - O benefício de prestação continuada é devido ao portador de deficiência (§2º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93, com a redação dada pela Lei nº 12.470/2011) ou idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais (artigo 34 da Lei nº 10.741/2003) que comprove não possuir meios de

prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família, nos termos dos artigos 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.
2 - *Os honorários de advogado devem ser mantidos em 10% sobre o valor da condenação, consoante entendimento desta Turma e artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Civil, considerando as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça.*
3 - Agravo legal improvido.
(Agravo legal no processo nº 2015.03.99.014451-4, Sétima Turma, Rel. Desembargador Federal Paulo Domingues, DE 04/02/2016)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS NOS TERMOS DA SÚMULA 111/STJ.
1. *Os honorários advocatícios, nas lides previdenciárias, devem incidir sobre as prestações vencidas até a data da prolação da sentença, entendida esta, em interpretação restritiva, como ato emanado do juiz de primeiro grau, nos termos do artigo 162, § 1º, do CPC. Inteligência da Súmula 111 do STJ.*
2. Agravo a que se nega provimento.
(Agravo legal no processo nº 2015.03.99.009126-1, Sétima Turma, Rel. Desembargador Federal Fausto de Santctis, DE 10/03/2016)

Isento a Autarquia do pagamento de custas processuais.

Ante o exposto, *dou provimento à remessa oficial, tida por interposta*, para anular a r. sentença de 1º grau, por se tratar de sentença condicional e, com supedâneo no art. 1.013, §3º, II, do Código de Processo Civil, *julgo parcialmente procedente o pedido*, para reconhecer a especialidade do labor nos períodos de 02/05/1978 a 30/06/1980, 02/08/1982 a 11/07/1983, 06/01/1984 a 31/12/2002 e de 19/12/2003 a 15/12/2006, e condenar a Autarquia na implantação e pagamento da aposentadoria especial, desde a data da citação (15/12/2006), descontados eventuais valores pagos administrativamente ou a título de tutela antecipada, sendo que sobre os valores em atraso incidirá correção monetária de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada pelos índices de variação do IPCA-E, e juros de mora até a expedição do ofício requisitório, de acordo com o mesmo Manual, condenando-a, ainda, no pagamento da verba honorária, fixada em 10% sobre as parcelas vencidas, contadas estas até a data de prolação da sentença, *restando prejudicada a análise da apelação do INSS*. Faculto ao autor a opção de percepção pelo benefício que lhe for mais vantajoso, condicionando, entretanto, a execução dos valores atrasados à necessária opção por aquele cujo direito foi reconhecido em Juízo.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA:

Inicialmente, com relação à possibilidade de executar as parcelas relativas à aposentadoria concedida judicialmente, ainda que a opção recaia sobre o benefício concedido na via administrativa, *acompanho a divergência* inaugurada pelo E. Desembargador Federal Toru Yamamoto.

No que tange à *remessa oficial*, peço vênia para transcrever os ensinamentos do Professor Humberto Theodoro Júnior, na obra "Curso de Direito Processual Civil", Vol. III, 47ª ed., Editora Forense, *in verbis*:

> A extinção da remessa necessária faz desaparecer a competência do tribunal de segundo grau para o reexame da sentença. *Incide imediatamente, impedindo o julgamento dos casos pendentes*. É o que se passa com as sentenças condenatórias dentro dos valores ampliados pelo § 3º do art. 496 do NCPC para supressão do duplo grau obrigatório. Os processos que versem sobre valores inferiores aos novos limites serão simplesmente devolvidos ao juízo de primeiro grau, cuja sentença terá se tornado definitiva pelo sistema do novo Código, ainda que proferida anteriormente à sua vigência. (grifos meus)

Outrossim, embora tratando da alteração dada pela Lei nº 10.352/01 ao art. 475, §2º, do CPC/73, que dispensou a remessa necessária às condenações não excedentes a 60 (sessenta) salários mínimos, merece referência o AgRg no REsp. nº 637.676, em razão da similitude do caso, no qual foi determinada a incidência imediata da lei processual aos feitos pendentes de julgamento, *in verbis*: "...IV - A alteração dada pela Lei 10.352/01 ao artigo 475, § 2º do Código de Processo Civil tem aplicação imediata."

No tocante ao reconhecimento da *atividade especial exercida no período de 19/11/03 a 18/12/03*, acompanho o E. Relator, *com ressalva de entendimento*, por entender ser possível tal reconhecimento, tendo em vista a existência de laudo e PPP atestando a sujeição do autor a ruído superior a 85 dB(A), estando, portanto, acima do limite de tolerância previsto no Decreto nº 4.882/03.

Outrossim, observo não haver constado do dispositivo a menção à *apelação da parte autora*, motivo pelo qual, sanando erro material, entendo por bem fazer constar expressamente a prejudicialidade do mencionado recurso.

No mais, acompanho o bem lançado voto do E. Relator.

Ante o exposto, acompanho a divergência inaugurada pelo E. Des. Fed. Toru Yamamoto, sendo que, com relação ao conhecimento da remessa oficial e reconhecimento da atividade especial, no período de 19/11/03 a 18/12/03, acompanho com ressalva de entendimento e julgo prejudicado o recurso da parte autora.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA

VOTO RETIFICADOR

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

O presente feito foi levado a julgamento na Sessão de 04.06.2018, ocasião em que proferi voto no sentido de dar provimento à remessa oficial, tida por interposta, para anular a r. sentença de 1º grau, por se tratar de sentença condicional e, com supedâneo no art. 1.013, §3º, II, do Código de Processo Civil, julgar parcialmente procedente o pedido, para reconhecer a especialidade do labor nos períodos de 02/05/1978 a 30/06/1980, 02/08/1982 a 11/07/1983, 06/01/1984 a 31/12/2002 e de 19/12/2003 a 15/12/2006, e condenar a Autarquia na implantação e pagamento da aposentadoria especial, desde a data da citação (15/12/2006), descontados eventuais valores pagos administrativamente ou a título de tutela antecipada, sendo que sobre os valores em atraso incidirá correção monetária de acordo com o Manual de Orientação de

Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada pelos índices de variação do IPCA-E, e juros de mora até a expedição do ofício requisitório, de acordo com o mesmo Manual, condenando-a, ainda, no pagamento da verba honorária, fixada em 10% sobre as parcelas vencidas, contadas estas até a data de prolação da sentença, restando prejudicada a análise da apelação do INSS, facultando-se ao autor a opção de percepção pelo benefício que lhe for mais vantajoso, condicionando, entretanto, a execução dos valores atrasados à necessária opção por aquele cujo direito foi reconhecido em Juízo, tendo sido acompanhado pela Exma. Desembargadora Federal Inês Virgínia.

Naquela oportunidade, o eminente Desembargador Federal Toru Yamamoto apresentou divergência no tocante à possibilidade de se executar as parcelas em atraso decorrentes do benefício concedido judicialmente até o dia anterior à implantação do benefício mais vantajoso concedido na via administrativa, o que resultou no sobrestamento do feito, nos termos do art. 942 do CPC.

No intuito de dar continuidade ao julgamento, o presente feito foi incluído na Sessão de 08.10.2018, ocasião em que o Exmo. Desembargador Federal Paulo Domingues acompanhou o voto deste Relator e o Exmo. Desembargador Federal Newton de Lucca, convocado para compor quórum, acompanhou a divergência inaugurada pelo Desembargador Federal Toru Yamamoto, sendo que, quanto à remessa necessária e ao reconhecimento da atividade especial, no período de 19.11.2003 a 18.12.2003, acompanhava com ressalva de entendimento, e julgava prejudicado o recurso da parte autora.

Analisando os fundamentos da ressalva apresentada, retifiquei parcialmente o meu voto para, adotando as razões ali lançadas, sanar o erro material constatado, reconhecendo a atividade especial no período indicado - de 19.11.2003 a 18.12.2003 -, bem como para acompanhar Sua Excelência quanto à prejudicialidade do recurso de apelação da parte autora.

Dessa forma, na data do requerimento administrativo (14/03/2006), o autor contava com 24 anos, 05 meses e 01 dia de tempo especial, não fazendo jus à concessão de aposentadoria especial. Entretanto, considerando a reafirmação da DER na data da citação, em 15/12/2006, a parte autora contava com 25 anos, 02 mês e 02 dias de tempo de serviço especial, suficientes para concessão da referida aposentadoria, conforme planilhas que ora anexo.

E como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0003618-40.2014.4.03.6111
(2014.61.11.003618-9)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: ILDA MESSIAS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE MARÍLIA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Classe do Processo: Ap 2186674
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/10/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHA INVÁLIDA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO COMPROVADA.
1. Para a concessão do benefício de pensão por morte são requisitos a qualidade de dependente, nos termos da legislação vigente à época do óbito, e a comprovação da qualidade de segurado do falecido, ou, independentemente da perda da qualidade de segurado, o preenchimento dos requisitos para concessão de aposentadoria.
2. A dependência econômica do filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente é presumida.
3. A presunção de dependência econômica prevista no § 4º, do Art. 16, da Lei 8.213/91, refere-se, em se tratando de filhos, àqueles que nunca deixaram de ser dependentes de seus genitores, devendo ser comprovada nas demais hipóteses.
4. À época do óbito de sua genitora, a autora já era titular do benefício de aposentadoria por invalidez, desde 14/07/1999, com renda mensal de R$1.175,99, enquanto sua genitora era titular de aposentadoria por invalidez, desde 01/08/1996, com renda mensal de R$724,00.
5. Não comprovada a alegada dependência econômica, não faz jus a autora ao benefício pleiteado.
6. Remessa oficial, havida como submetida, e apelação 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 remessa oficial, havida como submetida, e à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de outubro de 2018.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Cuida-se de remessa oficial, havida como submetida, e apelação interposta contra sentença proferida em ação de conhecimento em que se pleiteia a concessão de pensão por morte na qualidade de filha inválida.

O MM. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, condenando o réu a conceder o benefício de pensão por morte a partir do óbito (31/03/2014), e pagar as prestações vencidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora, e honorários advocatícios fixados na fase de liquidação de sentença, nos termos do §4º, II, do Art. 85, do CPC.

Inconformado, o réu apela, pleiteando a reforma da r. sentença.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

A pensão por morte é devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, e independe de carência (Lei 8.213/91, Arts. 74 e 26).

Para a concessão do benefício são requisitos a qualidade de dependente, nos termos da legislação vigente à época do óbito, bem assim a comprovação da qualidade de segurado do falecido, ou, independentemente da perda da qualidade de segurado, o preenchimento dos requisitos para concessão da aposentadoria (Lei 8.213/91, Arts. 15 e 102, com a redação dada pela Lei 9.528/97; Lei 10.666/03).

O óbito da genitora Adelina Messias ocorreu em 31/03/2014 (fls. 20), a qualidade de segurada da *de cujus* restou demonstrada (fls. 28) e a autora comprovou ser filha da falecida (fls. 22).

A dependência econômica do filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente é presumida, consoante se infere do disposto no Art. 16, I e § 4º da Lei 8.213/91 (Redação dada pela Lei nº 12.470/2011).

Ademais, não se pode olvidar que a presunção de dependência econômica prevista no § 4º, do Art. 16, da Lei 8.213/91, refere-se, em se tratando de filhos, àqueles que nunca deixaram de ser dependentes de seus genitores, devendo ser comprovada nas demais hipóteses, como é o caso dos autos.

Nesse sentido é a orientação do e. Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHO INVÁLIDO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO COMPROVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7. PRECEDENTES DA EG. SEXTA TURMA.
> 1. O eg. Tribunal *a quo* negou o benefício de pensão por morte por entender que, embora inválido quando do óbito da sua mãe, o segurado a muito não dependia dela para se manter, percebendo já à altura do falecimento benefício previdenciário (auxílio-doença transformado, posteriormente, em aposentadoria por invalidez).
> 2. Rever esse entendimento, por sua vez, requererá necessariamente o revolvimento do material fático-probatório dos autos, impossível em sede de recurso especial a teor da Súmula nº 7/STJ ("A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial"). Precedentes

da eg. Sexta Turma.
3. Agravo regimental desprovido.
(AgRg no REsp 1254081/SC, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 25/02/2013);

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR INVÁLIDO. TITULAR DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. COMPROVAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ.
1. Nas hipóteses em que o filho inválido é titular de benefício de aposentadoria por invalidez, sendo o marco inicial anterior ao óbito da instituidora da pensão, a dependência econômica deve ser comprovada, porque a presunção desta acaba sendo afastada diante da percepção de renda própria.
2. A irresignação que busca desconstituir os pressupostos fáticos adotados pelo acórdão recorrido encontra óbice no enunciado nº 7 da Súmula desta Corte.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.
(AgRg no REsp 1241558/PR, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (Desembargador convocado do TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 06/06/2011) e

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CÔNJUGE SUPÉRSTITE. SEPARAÇÃO DE FATO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.
1. O cônjuge supérstite goza de dependência presumida, contudo, estando separado de fato e não percebendo pensão alimentícia, essa dependência deverá ser comprovada.
2. O Tribunal *a quo*, ao reconhecer a inexistência de comprovação da dependência, o fez com base na análise dos elementos probatórios carreados aos autos. Incidência, à espécie, da Súmula 7/STJ.
3. Recurso especial a que se nega provimento.
(REsp 411.194/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2007, DJ 07/05/2007, p. 367).

No que se refere à capacidade laboral, o laudo, referente ao exame realizado em 10/06/2015, atesta que a autora é portadora de artrite reumatoide e osteoartrose em mãos e pés e que sua incapacidade laborativa é total e permanente (fls. 120/127).

Em que pese o parecer do sr. Perito judicial, de acordo com o extrato de fls. 49, a autora, à época do óbito de sua genitora, a autora já era titular do benefício de aposentadoria por invalidez, desde 14/07/1999, com renda mensal de R$1.175,99, enquanto sua genitora era titular de aposentadoria por invalidez, desde 01/08/1996, com renda mensal de R$724,00 (fls. 28).

Como se vê, ao contrário do que afirma a autora, se dependência econômica havia na relação mãe/filha, era da primeira em relação à segunda, já que esta percebia benefício de valor muito superior ao daquela.

Portanto, não comprovada a alegada dependência econômica, não faz jus a autora ao benefício pleiteado.

Destarte, é de se reformar a r. sentença, havendo pela improcedência do pedido, cassando expressamente a tutela concedida, arcando a autoria com honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado dado à causa, observando-se o disposto no § 3º, do Art. 98, do CPC, por ser beneficiária da justiça gratuita, ficando a cargo do Juízo de execução verificar se restou ou não inexequível a condenação em honorários.

Oficie-se o INSS.

Ante o exposto, dou provimento à remessa oficial, havida como submetida, e à apelação.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0007070-36.2014.4.03.6183 (2014.61.83.007070-9)

Embargante: JOSÉ RODRIGUES DA PAZ LUCAS
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 130/137
Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO – SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES
Classe do Processo: ApReeNec 2075073
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/10/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO. REMESSA NECESSÁRIA. DECADÊNCIA. REVISÃO. ADEQUAÇÃO AOS TETOS PREVISTOS NA EC Nº 20/98 E NA EC Nº 41/2003. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESCRIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. HONORÁRIOS DE ADVOGADO.
1. O aresto embargado amparou-se no entendimento de que os benefícios previdenciários cujas rendas foram limitadas aos tetos na época da concessão e/ou revisão devem ser adequados aos novos limitadores estabelecidos nas Emendas Constitucionais nº 20/98 e nº 41/2003.
2. A pretensão deduzida nesta ação refere-se à obtenção da readequação da renda mensal do benefício mediante a observância dos novos tetos constitucionais e não à revisão do ato de concessão/renda mensal inicial, não havendo que se falar em decadência.
3. Os documentos acostados aos autos comprovam que o salário de benefício foi limitado ao teto, em virtude da revisão administrativa determinada pelo art. 144 da Lei 8.213/91.
4. A parte autora faz jus à pretensão deduzida de readequação do benefício e ao pagamento das diferenças, em decorrência das alterações trazidas pelas ECs nºs 20/98 e 41/2003.
5. Deve-se observar a prescrição das prestações vencidas antes do quinquênio que antecede a propositura da ação, nos termos da Súmula 85 do STJ, não sendo possível definir a sua interrupção a partir da Ação Civil Pública n. 0004911-28.2011.4.03.6183.
6. 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, observado quanto a este o termo inicial a ser fixado pela Suprema Corte no julgamento dos embargos de declaração.
7. Honorários de advogado fixados em 10% do valor da condenação. Artigo 20, §§ 3º e 4º, Código de Processo Civil/73 e Súmula nº 111 do STJ.
8. Embargos de declaração acolhidos. Efeitos infringentes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, acolher os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de outubro de 2018.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

Trata-se de embargos de declaração opostos pela parte autora contra o acórdão de fls. 130/137 que deu provimento à remessa oficial e à apelação do INSS para julgar improcedente a demanda de readequação da renda mensal aos limites fixados pelos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais nºs 20/98 e 41/2003, restando prejudicada a apelação da parte autora.

Alega que a decisão recorrida é omissa/contraditória, carecendo de fundamentação em relação à limitação do salário de benefício ao teto na data da concessão.

Requer o acolhimento dos presentes embargos, inclusive para fins de prequestionamento da matéria.

Intimado, o INSS não se manifestou sobre o recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

De acordo com o art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, os embargos de declaração possuem função processual específica, que consiste em integrar, esclarecer, complementar ou retificar a decisão embargada.

No caso em apreço, de fato, verifico a presença de omissão/contradição no v. acórdão, conforme a seguir explicitado.

Inicialmente, ressalto que a pretensão deduzida nesta ação refere-se à obtenção da readequação da renda mensal do benefício mediante a observância dos novos tetos constitucionais e não à revisão do ato de concessão/renda mensal inicial, não havendo que se falar em decadência.

Os artigos 14 da Emenda Constitucional nº 20/1998, de 16/12/1998, e 5º da Emenda Constitucional nº 41/2003, de 31/12/2003, estabeleceram novos limitadores ao teto máximo de pagamento da Previdência Social, ao disporem, *in verbis*:

> Art. 14 - O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social. (EC n. 20/1998)

> Art. 5º O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), devendo, a partir da data de publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social. (EC n. 41 /2003)

O novo texto constitucional, ao dispor o reajuste do limite máximo para o valor dos benefícios de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, a partir da data da publicação, possui aplicação imediata, alcançando, inclusive, os benefícios previdenciários limitados aos tetos estabelecidos antes da vigência dessas normas, sem qualquer ofensa ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito.

Anote-se que a aplicação dos dispositivos não importa em reajustamento ou alteração automática do benefício, posto que se mantém o mesmo salário de benefício apurado quando da concessão, só que com base nos novos limitadores introduzidos pelas Emendas Constitucionais.

É certo que o limitador dos benefícios previdenciários é aplicado após a definição do salário de benefício, que permanece inalterado. A renda mensal inicial dele decorrente é que sofre os reajustes periódicos decorrentes dos índices oficiais. Entretanto, se o salário de benefício sofrera as restrições do teto vigente à época da concessão e o limite foi alterado por forças das ECs 20/98 e 41/03, é perfeitamente plausível o pleito de adequação ao novo limitador.

O presente tema, antes controvertido, restou pacificado no E. STF por seu Tribunal Pleno, em Repercussão Geral conferida ao RE nº 564.354/SE, em que foi relatora a Ministra Carmen Lúcia, *in verbis*:

> DIREITOS CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ALTERAÇÃO NO TETO DOS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. REFLEXOS NOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA ALTERAÇÃO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS N. 20/1998 E 41/2003. DIREITO INTERTEMPORAL: ATO JURÍDICO PERFEITO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DA LEI INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
> 1. Há pelo menos duas situações jurídicas em que a atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição da República demanda interpretação da legislação infraconstitucional: a primeira respeita ao exercício do controle de constitucionalidade das normas, pois não se declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei sem antes entendê-la; a segunda, que se dá na espécie, decorre da garantia constitucional da proteção ao ato jurídico perfeito contra lei superveniente, pois a solução de controvérsia sob essa perspectiva pressupõe sejam interpretadas as leis postas em conflito e determinados os seus alcances para se dizer da existência ou ausência da retroatividade constitucionalmente vedada.
> 2. Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional n. 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional.
> 3. Negado provimento ao recurso extraordinário.
> (STF, RE nº 564.354/SE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 08.09.2010, publicado 15.02.2011)

Acresça-se o fato de que o acórdão do STF não impôs restrição temporal à readequação do valor dos benefícios aos novos tetos limitadores, de modo que não se vislumbra qualquer

óbice à aplicação desse entendimento aos benefícios concedidos no chamado "buraco negro", tese reafirmada pelo STF no julgamento do RE 937595 em 03/02/17.

O acórdão embargado fundamentou-se nos seguintes termos:

> (...) O artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20/1998 e o artigo 5º da Emenda Constitucional nº 41/2003 têm aplicação imediata inclusive para que seus comandos alcancem os benefícios previdenciários limitados ao teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo que passem a observar o novo teto constitucional, ao dispor que a partir da data da publicação dessas emendas, o limite máximo para o valor dos benefícios fosse reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.
> Por sua vez, conclui-se que esses mandamentos constitucionais também abrangem os benefícios concedidos posteriormente à edição dessas emendas (...)

Conforme se verifica, no caso em tela, o aresto embargado amparou-se no entendimento de que os benefícios previdenciários cujas rendas foram limitadas aos tetos na época da concessão e/ou revisão devem ser adequados aos novos limitadores estabelecidos nas Emendas Constitucionais nº 20/98 e nº 41/2003.

Em que pese conste na fundamentação o reconhecimento de que as rendas mensais do benefício em questão, nas competências de 12/1998 e 01/2004, foram inferiores aos citados tetos, e haja vista que tal forma de evolução da renda é consequência lógica da submissão do salário-de-benefício aos citados limitadores na época da concessão ou da revisão do benefício (conforme demonstram as provas dos autos), o dispositivo foi pela improcedência do pedido.

Nota-se, assim, a omissão/contradição entre a fundamentação e o dispositivo do acórdão, a ser sanada pela via dos embargos declaratórios.

Considerando que o salário de benefício apurado em 01.04.91 (fl. 18) foi limitado ao teto vigente à época, em virtude da revisão administrativa determinada pelo art. 144 da Lei 8.213/91, a parte autora faz jus à pretensão deduzida de readequação do benefício e ao pagamento das diferenças, em decorrência das alterações trazidas pelas ECs nºs 20/98 e 41/2003.

Deve-se observar a prescrição das prestações vencidas antes do quinquênio que antecede a propositura da ação, nos termos da Súmula 85 do STJ.

Não é possível definir sua interrupção a partir da Ação Civil Pública n. 0004911-28.2011.4.03.6183, considerando que o presente feito não busca a execução daquele julgado, mas o reconhecimento de direito próprio e execução independentes daquela ação.

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.

Nesse passo, acresço que os embargos de declaração opostos perante o STF contra tal julgado tem por objetivo único a modulação dos seus efeitos para atribuição de eficácia prospectiva, pelo que o excepcional efeito suspensivo concedido por meio da decisão proferida em 24.09.2018 e publicada no DJE de 25.09.2018, surtirá efeitos *apenas no tocante ao termo inicial* da incidência do IPCA-e, devendo ser observado quando da liquidação do julgado.

Com relação aos honorários de advogado, estes devem ser fixados em 10% do valor da

condenação, consoante entendimento desta Turma e artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Civil de 1973, aplicável ao caso concreto eis que o recurso foi interposto na sua vigência, considerando as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça, não se aplicando, também, as normas dos §§ 1º a 11º do artigo 85 do CPC/2015, inclusive no que pertine à sucumbência recursal, que determina a majoração dos honorários de advogado em instância recursal (Enunciado Administrativo nº 7/STJ).

Devem ser compensados, em sede de liquidação, os valores eventualmente pagos na via administrativa.

Ante o exposto, *acolho os embargos de declaração opostos pela parte autora, com efeitos infringentes*, para, em retificação ao voto e ao acórdão das fls. 130/137, respectivamente, dar parcial provimento à remessa necessária e à apelação interposta pelo INSS apenas para fixar os critérios de atualização do débito e fixar os honorários advocatícios nos termos da fundamentação e negar provimento à apelação da parte autora.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA
0017081-49.2014.4.03.0000
(2014.03.00.017081-9)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Réu: HERIBALDO DA CUNHA NASCIMENTO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Classe do Processo: AR 9947
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/10/2018

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA. REVISÃO DE BENEFÍCIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDA DE AUXÍLIO-DOENÇA. RENDA MENSAL INICIAL.
I - Não há exigência legal no sentido de haver prequestionamento da matéria no julgado impugnado, para fins de ajuizamento de ação rescisória.
II - Há violação a literal disposição de lei nas hipóteses em que a decisão rescindenda ofenda frontalmente comando incontroverso estabelecido por norma da ordenação jurídica válida e vigente à época dos fatos. Exige-se, ainda, que o dispositivo violado possua interpretação pacífica nos Tribunais - consoante a Súmula nº 343 do E. Supremo Tribunal Federal - salvo nos casos de violação à Constituição Federal, hipótese na qual sempre deverá prevalecer a interpretação mais correta do texto da Lei Maior, em respeito ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional.
III - A aposentadoria por invalidez, quando precedida de auxílio doença, deve ser calculada com a observância ao disposto no art. 36, §7º, do Decreto nº 3.048/99. Nesse aspecto, o pronunciamento rescindendo encontra-se em consonância com o julgamento proferido pela Suprema Corte no RE 583.834, porquanto afastou o art. 29, §5º, da Lei nº 8.213/91.
IV - O cálculo do auxílio-doença que antecedeu a concessão da aposentadoria por invalidez -- cuja DIB reportava-se a 30/10/99 --, foi realizado com fundamento no art. 29, inc. II, da Lei nº 8.213/91, com a redação atribuída pela Lei nº 9.876/99, cuja vigência, no entanto, iniciou-se apenas em 29/11/99.
V - Reconhecida a violação ao art. 29, inc. II, da Lei nº 8.213/91, em sua redação original, é de ser desconstituído o julgado impugnado.
VI - Matéria preliminar rejeitada. Procedente a ação rescisória e improcedente o pedido de revisão do benefício.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a matéria preliminar e, em sede de juízo rescindente, julgar procedente o pedido e, em sede de juízo rescisório, julgar improcedente o pedido de revisão de benefício, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 11 de outubro de 2018.
Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Trata-se de ação rescisória proposta pelo INSS, em 10/07/2014, em face de Heribaldo da Cunha Nascimento, com fundamento no art. 485, inc. V, do CPC/73, visando desconstituir a decisão monocrática proferida nos autos do processo nº 2011.61.03.005578-6, que deu parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial "para julgar improcedente o pedido de cômputo do período de recebimento do auxílio-doença para fins de aposentadoria por invalidez, fixando a sucumbência recíproca e mantendo, no mais, a r. sentença". (fls. 83vº).

O trânsito em julgado ocorreu em 1º/07/2013 (fls. 86).

Afirma a autarquia que foi condenada a revisar a aposentadoria por invalidez do autor (NB= 121.242.613-1), nos termos do art. 29, inc. II, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Ocorre que a referida aposentadoria por invalidez teve como origem o benefício de auxílio-doença (NB= 114.423.339-6) que já recebia, com DIB em 30/10/99, data em que a Lei nº 9.876/99 ainda não estava em vigor.

Conclui, dessa forma, que a revisão adotada pelo julgado rescindendo encontra óbice no princípio da irretroatividade das leis e afronta a redação original do art. 29, da Lei nº 8.213/91.

Requereu a antecipação da tutela e, no mérito, a rescisão do julgado.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 10/104.

A fls. 106/107, deferi o pedido de tutela antecipada, determinando a suspensão do "pagamento administrativo da aposentadoria por invalidez apenas na parte relativa à revisão determinada na ação subjacente."

O segurado apresentou contestação, sustentando, preliminarmente, que não houve o "indispensável prequestionamento da matéria", de modo que a rescisória deve ser "EXTINTA SEM JULGAMENTO DO MÉRITO" (fls. 118) No mais, aduz que, "em tratando-se (sic) de matéria controvertida, não há o que se falar em VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO LEGAL, uma vez que a decisão estava fundamentada em lei, que entretanto tinha INTERPRETAÇÃO controvertida." (fls. 120)

O autor manifestou-se sobre a contestação a fls. 125vº.

A fls. 127, foram deferidos os benefícios da assistência judiciária gratuita ao réu.

Versando a presente rescisória matéria unicamente de direito, foi aberta vista ao Ministério Público Federal, que opinou pela procedência do pedido, dada a violação à "redação original do art. 29 da Lei nº 8.213/91, o art. 36, § 7º, do Decreto 3.048/99, e os artigos 5º, incisos XXXVI, e art. 195, § 5º, da Constituição Federal." (fls. 129/132)

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Primeiramente, afasto a preliminar trazida em contestação, uma vez que não há exigência legal no sentido de haver prequestionamento da matéria no julgado, para fins de ajuizamento

de ação rescisória.

Passo, agora, a um breve histórico dos fatos.

O segurado ajuizou a ação subjacente em 25/7/2011, na qual afirmou:

> No período de *30.10.1999* a 10.07.2001 o autor recebeu *Auxílio-Doença Previdenciário NB - 31/114.423.339-6,* sendo a *Renda Mensal Inicial: R$ 837,27 (oitocentos e trinta e sete reais e vinte e sete centavos).* (doc. IV)
> E desde *11.07.2001* o autor recebe *Aposentadoria por Invalidez Previdenciária - NB - 32/121.242.613-1*, sendo a *Renda Mensal Inicial: R$ 1.028,59 (mil e vinte e oito reais e cinquenta e nove centavos).* (doc. V)
> No entanto, a *Aposentadoria por Invalidez Previdenciária com data de início em 11.07.2001* foi calculada erroneamente, eis que não foi observado o que dispõe o inciso I e o § 5º do artigo 29 da Lei 8.213/91, com redação data pela *Lei nº 9.876, de 26.11.99*.
> Da análise da CARTA DE CONCESSÃO (doc. V) da *Aposentadoria por Invalidez Previdenciária - NB - 32/121.242.613-1* constata-se que esse benefício foi concedido da seguinte forma:
> O INSS utilizou-se do salário-de-benefício do *Auxílio-Doença Previdenciário - NB - 31/114.423.339-6 (R$ 920,08)*, reajustando-o pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral, nos períodos de junho/2000, junho/2001, resultando salário-de-benefício no importe de *R$ 1.028,59 (mil e vinte e oito reais e cinquenta e nove centavos).*
> (...)
> Por sua vez, deveria o INSS calcular o valor da aposentadoria concedida conforme dispõe o inciso II e o § 5º do artigo 29 da Lei 8.213/91, com redação dada pela Lei 9.876 de 30.11.1999
> (...)
> Julgado procedente o pedido deverá o *INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL* ser *condenado* a:
> - rever o valor da *Renda Mensal Inicial da aposentadoria, com aplicação do inciso II e do § 5º do artigo 29 da Lei 8.213/91, com redação dada pela Lei 9.876 de 26.11.1999*, apurados em liquidação de sentença corrigidos monetariamente; (fls. 16)

Em primeira instância, o pedido foi julgado procedente para "condenar o INSS a revisar a renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez, aplicando as regras do art. 29, II e § 5º, da Lei nº 8.213/91." (fls. 45)

No âmbito deste C. Tribunal, o apelo do Instituto foi parcialmente provido, conforme excertos do decisum que reproduzo:

> (...) Na presente caso, a autarquia, ao elaborar o cálculo da renda mensal inicial do benefício considerou a média aritmética simples de 100% (cem por cento) de seus salários de contribuição, desatendendo o disposto no inciso II, do art. 29, da Lei de Benefícios, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99.
> Assim, faz jus a parte autora ao cálculo de seu salário-de-benefício com a utilização da média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo.
> (...)
> Dessa forma, o pleito de majoração da renda mensal do benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez, mediante aplicação do § 5º do art. 29 da Lei n. 8.213/91, não merece prosperar.
> (...)
> Ante o exposto, enfrentadas as questões pertinentes à matéria em debate, com fulcro no art. 557 do CPC, *DOU PARCIAL PROVIMENTO* à apelação do INSS e à remessa oficial para julgar improcedente o pedido de cômputo do período de recebimento do auxílio-doença para

> fins de aposentadoria por invalidez, fixando a sucumbência recíproca e mantendo, no mais, a r. sentença.

A fls. 86, foi certificado o trânsito em julgado, ocorrido em 1º/7/2013.

Passo à análise do pleito de rescisão.

Do Juízo Rescindens

O autor, na petição inicial, fundamenta seu pedido no art. 485, inc. V, do Código de Processo Civil, que ora transcrevo:

> Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
> .....
> V - violar literal disposição de lei.

Há violação a literal disposição de lei nas hipóteses em que a decisão rescindenda ofenda frontalmente comando incontroverso estabelecido por norma da ordenação jurídica válida e vigente à época dos fatos. Exige-se, ainda, que o dispositivo violado possua interpretação pacífica nos Tribunais -- consoante a Súmula nº 343 do E. Supremo Tribunal Federal -- salvo nos casos de violação à Constituição Federal, hipótese na qual sempre deverá prevalecer a interpretação mais correta do texto da Lei Maior, em respeito ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. A respeito: STF, AgR no AI nº 555.806, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 01/04/08, v.u., DJe 18/04/08; TRF-3ª Região, AR nº 98.03.083516-5, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, j. 24/06/10, v.u., DJ 17/08/10.

Sustenta o autor que a decisão rescindenda violou literal disposição de lei, ao determinar a revisão do benefício do réu, nos termos do art. 29, inc. II, da Lei 8.213/91, com redação atribuída pela Lei nº 9.876/99.

A decisão monocrática ora impugnada foi exarada em 25/4/2013, após o pronunciamento do Pleno do C. Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE nº 583.834, cuja ementa transcrevo:

> CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CARÁTER CONTRIBUTIVO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. COMPETÊNCIA REGULAMENTAR. LIMITES.
> 1. O caráter contributivo do regime geral da previdência social (*caput* do art. 201 da CF) a princípio impede a contagem de tempo ficto de contribuição.
> 2. O § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/1991 (Lei de Benefícios da Previdência Social - LBPS) é exceção razoável à regra proibitiva de tempo de contribuição ficto com apoio no inciso II do art. 55 da mesma Lei. E é aplicável somente às situações em que a aposentadoria por invalidez seja precedida do recebimento de auxílio-doença durante período de afastamento intercalado com atividade laborativa, em que há recolhimento da contribuição previdenciária. Entendimento, esse, que não foi modificado pela Lei nº 9.876/99.
> *3. O § 7º do art. 36 do Decreto nº 3.048/1999 não ultrapassou os limites da competência regulamentar porque apenas explicitou a adequada interpretação do inciso II e do § 5º do art. 29 em combinação com o inciso II do art. 55 e com os arts. 44 e 61, todos da Lei nº 8.213/1991.*
> 4. A extensão de efeitos financeiros de lei nova a benefício previdenciário anterior à respectiva vigência ofende tanto o inciso XXXVI do art. 5º quanto o § 5º do art. 195 da Constituição Federal. Precedentes: REs 416.827 e 415.454, ambos da relatoria do Ministro Gilmar Mendes.
> 5. Recurso extraordinário com repercussão geral a que se dá provimento.
> (Relator Ministro Ayres Britto, j. 21/9/11, v.u., DJe 14/2/12, grifos meus)

Consoante o aludido julgado, a aposentadoria por invalidez, quando precedida de auxílio doença, deve ser calculada com a observância ao disposto no art. 36, §7º, do Decreto nº 3.048/99.

Nesse aspecto, o pronunciamento rescindendo encontra-se em consonância com o julgado da Suprema Corte, porquanto afastou o art. 29, §5º, da Lei nº 8.213/91.

Assim, para saber se houve afronta a dispositivo legal, deve-se analisar a forma de cálculo do auxílio doença que antecedeu à aposentadoria por invalidez.

Conforme adrede referido, foi determinado o recálculo do benefício com base no art. 29, inc. II, da Lei 8.213/91 (com a redação atribuída pela Lei nº 9.876/99).

Ocorre que a modificação do dispositivo legal em evidência -- que passou a produzir efeitos a partir de sua publicação, em 29/11/99 -- não se encontrava no ordenamento jurídico, quando do deferimento do auxílio doença ao réu, em 30/10/99.

Desse modo, reconheço ter havido violação ao art. 29, inc. II, da Lei nº 8.213/91, em sua redação original, o qual deveria ter pautado a revisão do benefício com DIB em 30/10/99 (auxílio-doença) e ulterior concessão do benefício por invalidez, razão pela qual o julgado deve ser desconstituído.

Importante destacar que -- ainda que se adote o entendimento segundo o qual a matéria discutida na presente rescisória não encontraria relação com dispositivo constitucional -- inaplicável seria a Súmula nº 343, do C. STF, porquanto a jurisprudência sempre foi uníssona no sentido de que, para o deferimento dos benefícios previdenciários, deve-se atentar à legislação vigente à época de sua concessão.

Passo, então, ao juízo rescisório.

Do Juízo Rescissorium

Conforme já demonstrado, inviável a revisão pretendida, tendo em vista que a norma invocada pelo segurado não se encontrava em vigor quando do deferimento de seu benefício de auxílio doença.

Ante o exposto, rejeito a preliminar e, em sede de juízo rescindente, com fulcro no inc. V, do art. 485, do CPC/73, julgo procedente o pedido para desconstituir a R. decisão proferida nos autos da Apelação Cível nº 2011.61.03.005578-6, no que tange à aplicação do art. 29, inc. II, da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.876/99 e, em sede de juízo rescisório, julgo improcedente o pedido. Condeno o réu ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R$1.000,00, cuja exigibilidade ficará suspensa, nos termos do art. 98, §3º, do CPC, por ser beneficiário da justiça gratuita. Oficie-se ao Juízo *a quo*, comunicando-se o inteiro teor deste.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0006945-95.2016.4.03.9999
(2016.03.99.006945-4)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARIA NEUSA SANTANA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JACAREÍ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO
Classe do Processo: Ap 2140188
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/10/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. ACORDO INTERNACIONAL. BRASIL-PORTUGAL. ART. 12 DO DECRETO N. 1.457/95. ARTIGO 201, § 2º CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APELAÇÃO DESPROVIDA.
1. O Decreto n. 1457/95 (redação vigente à época), que promulgou o Acordo de Seguridade Social ou Segurança Social entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa, de 7 de maio de 1991, prevê, em seu artigo 12, que "quando os montantes das pensões ou aposentadorias devidos pelas entidades gestoras dos Estados Contratantes não alcançarem, somados, o mínimo fixado no Estado Contratante em que o beneficiário reside, a diferença até esse mínimo correrá por conta da entidade gestora deste último Estado".
2. Como a autora reside no Brasil e não recebe nenhum benefício previdenciário em Portugal (fatos incontroversos, pois afirmados na petição inicial e não impugnados pelo réu), cabe ao Brasil arcar com a diferença até o piso mínimo fixado neste país, que é o salário mínimo, nos termos do § 2º, do art. 201, da Constituição da República: "§ 2º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior a um salário mínimo".
3. 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.
4. 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/2015, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito ao benefício (Súmula 111 do STJ).
5. Apelação desprovida. Consectários legais fixados de ofício.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 16 de outubro de 2018.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator):

Trata-se de ação de revisão de benefício previdenciário ajuizada por MARIA NEUSA SANTANA em face do INSS, objetivando a revisão da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por idade, ao valor equivalente de um salário-mínimo, nos termos do art. 201, §2º, da Constituição da República.

Sustenta, em síntese, que a justificativa apresentada pela agência do INSS foi a de que o benefício foi concedido por meio do convênio entre o Brasil e Portugal, em que há a previsão para o pagamento de benefícios abaixo do salário-mínimo.

Aduz, ainda, que "pagou a contribuição previdenciária no Brasil e em Portugal, sendo que apenas um pequeno período foi necessário para a obtenção da carência mínima, já que não recebe qualquer valor de benefício daquele coirmão" (fl. 02).

Os benefícios da gratuidade da justiça foram deferidos (fl. 21).

Contestação do INSS à fl. 25.

Réplica às fls. 30/31.

Sentença às fls. 38/39, pela procedência do pedido, para determinar que o INSS recalcule a renda mensal inicial (RMI) do benefício de aposentadoria por idade da autora, considerando o salário mínimo como piso, fixando a sucumbência e os consectários legais.

Apelação do INSS às fls. 45/50, na qual sustenta, em síntese, que a legislação brasileira permite o pagamento abaixo do mínimo para os benefícios complementares, sendo que "os benefícios decorrentes do acordo Brasil/Portugal são complementares, ainda que se trate de aposentadoria" (fl. 50), tendo em vista a possibilidade de se cumular a aposentadoria em Portugal com a aposentadoria no Brasil.

Com as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator):

O Decreto n. 1457/95 promulgou o vigente Acordo de Seguridade Social ou Segurança Social entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa, de 7 de maio de 1991, transcrito em seu anexo, do qual se extrai:

> O Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa
> Desejosos de melhorar a situação dos nacionais dos dois países no domínio social e, em consequência, de aperfeiçoar o Acordo de Previdência Social de 17 de outubro de 1969 existente entre o Brasil e Portugal, nomeadamente pela harmonização desse Acordo com as novas disposições introduzidas nas legislações de Seguridade Social e Segurança Social,
> Acordam as seguintes disposições:
> TÍTULO I
> Disposições Gerais e Legislação Aplicável
> *ARTIGO 1*
> 1. Para efeitos de aplicação do presente Acordo:
> (...)
> b) "trabalhador" designa que o trabalhador ativo, quer o pensionista, quer o aposentado, quer o segurado em gozo de benefício ou aquele que mantenha essa qualidade;
> *ARTIGO 2*
> O presente Acordo aplicar-se á:
> 1. No Brasil, à legislação sobre o regime de Seguridade Social, relativamente a:
> a) assistência médica;
> b) velhice;
> c) incapacidade laborativa temporária;
> d) invalidez
> e) tempo de serviço;
> f) morte;
> g) natalidade
> h) salário família
> i) acidente de trabalho e doenças profissionais
> 2. O presente acordo aplicar-se-á, igualmente, á legislação que complete ou modifique as legislações especificadas no parágrafo anterior.

No caso dos autos, observa-se que a autora teve concedido o benefício de aposentadoria por idade, com DIB em 23.05.2012 (fls. 11/14), com renda mensal inicial de R$ 567,99, a qual era inferior ao salário-mínimo então vigente (R$ 622,00). De acordo com o CNIS - que ora determino a juntada -, a autora perfez pouco mais de 13 anos de contribuição no Brasil.

Alega o INSS que o benefício da autora foi calculado com base no Acordo supracitado e que haveria expressa autorização legal para o pagamento em valor inferior ao salário mínimo nesta hipótese, nos termos do art. 35, § 1º do Decreto nº 3048/99:

> Art. 35 A renda mensal do benefício de prestação continuada que substituir o salário-de-contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado não terá valor inferior ao do salário mínimo nem superior ao limite máximo do salário-de-contribuição, exceto no caso previsto no art. 45.
> § 1º. A renda mensal dos benefícios por totalização, concedidos com base em acordos internacionais de previdência social, pode ter valor inferior ao do salário mínimo.

Entretanto, o próprio Decreto n. 1.457/95, prevê, em seu artigo 12, que "quando os montantes das pensões ou aposentadorias devidos pelas entidades gestoras dos Estados Contratantes não alcançarem, somados, o mínimo fixado no Estado Contratante em que o beneficiário reside, a diferença até esse mínimo correrá por conta da entidade gestora deste último Estado". Nessas condições, como a autora reside no Brasil e não recebe nenhum benefício previdenciário em Portugal (fatos incontroversos, pois afirmados na petição inicial e não impugnados pelo réu), cabe ao Brasil arcar com a diferença até o piso mínimo fixado neste país, que é o salário

mínimo, nos termos do § 2º, do art. 201, da Constituição da República:

> § 2º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior a um salário mínimo.

A jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da auto-aplicabilidade de tal dispositivo constitucional (então o artigo 201, parágrafos 5º e 6º, da Carta Magna, em sua redação original). Veja-se:

> CONSTITUICIONAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO: CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTIGO 201, § 5º E § 6º: AUTO-APLICABILIDADE. AUXÍLIO-SUPLEMENTAR. OFENSA REFLEXA.
> I- As normas inscritas nos § 5º e § 6º, do art. 201, da Constituição Federal, são de eficácia plena e aplicabilidade imediata. O disposto no § 5º do art. 195 da Lei Maior e nos artigos 58 e 59, ADCT, não lhes tira a auto-aplicabilidade.
> II- O exame da natureza jurídica do benefício previdenciário auxílio-suplementar não prescinde do exame da Lei 6.367/76, que o instituiu. Ofensa reflexa ao texto constitucional.
> III- Agravo não provido.
> (STF, Segunda Turma, AI-AgR 396695/RJ, DJU 06.02.2004, p. 39, Re. Min. CARLOS VELLOSO, v.u., g.n.).

Outrossim, reiteradas decisões deste Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região pacificaram a questão e, em decorrência, foi editada a Súmula 5:

> O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independendo sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

Observo, finalmente, que há precedente do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no sentido da pretensão da autora:

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TEMPOS DE CONTRIBUIÇÃO NO BRASIL E EM PORTUGAL. VALOR MÍNIMO.
> 1. Havendo pagamento de benefício previdenciário exclusivamente no Brasil, o próprio Dec nº 1. 457/95 garante o valor mínimo (art. 12), estabelecido pela norma constitucional em um salário mínimo (art. 201, §2º).
> 2. A proporcional repartição das responsabilidades de pagamento entre os países somente se dá na concessão de benefícios em ambos países e não quando o pagamento é exclusivo por um dos países contratantes.
> (TRF4, APELREEX 5004743-16.2010.4.04.7001, SEXTA TURMA, Relator NÉFI CORDEIRO, juntado aos autos em 06/02/2014)

Dessa forma, faz jus a parte autora à revisão do seu benefício de aposentadoria por idade, tendo como piso o valor do salário mínimo desde a data de sua concessão, com o pagamento das respectivas diferenças.

Observo que 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.

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).

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/2015, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito ao benefício (Súmula 111 do STJ).

Diante do exposto, *nego provimento à apelação do INSS*, fixando, de ofício, os consectários legais, na forma acima explicitada.

É como voto.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL
0001441-40.2018.4.03.9999
(2018.03.99.001441-3)

Agravantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Agravada: R. DECISÃO FLS. 103/105
Interessado: YAGO RODRIGUES FERREIRA DOS SANTOS (incapaz)
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE ILHA SOLTEIRA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS
Classe do Processo: Ap 2288773
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/10/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS INTERNOS. AUXÍLIO-RECLUSÃO. CONCEITO DE BAIXA RENDA. TEMA 896 STJ. TERMO INICIAL. PRINCÍPIO DA CONGRUGÊNCIA. MENOR. *REFORMATIO IN PEJUS*. DEVIDO PROCESSO LEGAL. AMPLA DEFESA. RECURSOS IMPROVIDOS.
- Discute-se, aqui, se a condição de desempregado afasta a necessidade de limite de renda, a que estão submetidos todos os possíveis beneficiados do auxílio-reclusão.
- Trata-se de questão submetida a decisão de afetação, para fins de representação da controvérsia em julgamento submetido à sistemática de repetitivo, na forma do artigo 543-C do CPC/73 (AREsp 578044 e AREsp 578939, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Data da Publicação em 08/10/2014).
- Para além, o acórdão proferido no *julgamento do Recurso Especial* 1.485/417/MS, referente ao *tema 896 do STJ*, foi publicado no Diário da Justiça eletrônico no dia 02/02/2018.
- Aplica-se ao caso o disposto no artigo 543-C do CPC/1973, atual 1.036 do CPC/2015).
- No acórdão, foi firmada a tese: Para a concessão do auxílio-reclusão (art. 80 da Lei nº 8.213/91), o critério de aferição de renda do segurado que não exerce atividade laborativa remunerada no momento do recolhimento da prisão é a ausência de renda, e não o último salário de contribuição.
- O Ministério Público Federal objetiva a retroação da DIB do benefício de auxílio-reclusão à data da reclusão do segurado, por se tratar de autor menor, mas Não se pode acolher a pretensão recursal do *Parquet* por uma série de razões, processuais e constitucionais.
- Trata-se de medida *contra legem*, por infligir ao INSS uma hipótese de violação do princípio da congruência, conformado no artigo 141 do CPC.
- De fato, a parte autora - por seus representantes legal e processual - requereu o benefício “desde a data do requerimento na via Administrativa, ou seja, 03 de novembro de 2015” (petição inicial à f. 5).
- A definição da DIB não é matéria de ordem pública, passível de alteração, de ofício, pelo juiz.
- Mesmo quando o Ministério Público Federal opina pela fixação do termo inicial na data da prisão, não se me afigura juridicamente possível a retroação operada, exatamente por implicar violação do regramento do devido processo legal e da ampla

defesa (artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal).
- Agravos internos improvidos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 10 de outubro de 2018.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Trata-se de agravos internos interpostos em face de decisão monocrática que, nos termos do artigo 932, V, "b", do NCPC, DEU PROVIMENTO À APELAÇÃO, para condenar o réu à concessão de auxílio-reclusão à parte autora, a contar da DER e até a data da soltura do recluso.

O INSS pretende a reforma para fins de improcedência, alegando que deve ser levada em conta, para fins de apuração da baixa renda, o último salário de contribuição.

Requer o MPF, precipuamente, retroaja a DIB do benefício de auxílio-reclusão à data da reclusão, por se tratar de menor.

Dada vista à parte contrária.

Contraminuta não apresentada.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Conheço dos agravos, porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Considerando que a decisão atacada foi proferida na vigência do CPC/1973, aplicam-se ao presente recurso as regras do artigo 557 e §§ daquele código (EREsp 740.530/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/12/2010, DJe 03/06/2011; EREsp 615.226/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/08/2006, DJ 23/04/2007, p. 227; AC nº 0016045-44.2010.4.03.6100/SP, rel. Johonson de Salvo, TRF3).

Inicialmente reitero os termos introdutórios da decisão monocrática já proferida.

Discute-se, aqui, se a condição de *desempregado* afasta a necessidade de limite de renda, a que estão submetidos todos os possíveis beneficiados do auxílio-reclusão.

Trata-se de questão submetida a decisão de afetação, para fins de representação da controvérsia em julgamento submetido à sistemática de repetitivo, na forma do artigo 543-C do CPC/73 (AREsp 578044 e AREsp 578939, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Data da Publicação em 08/10/2014).

Para além, o acórdão proferido no *julgamento do Recurso Especial* 1.485/417/MS, referente ao *tema 896 do STJ*, foi publicado no Diário da Justiça eletrônico no dia 02/02/2018.

Aplica-se ao caso o disposto no artigo 543-C do CPC/1973, atual 1.036 do CPC/2015).

No acórdão, foi firmada a tese: Para a concessão do auxílio-reclusão (art. 80 da Lei nº 8.213/91), o critério de aferição de renda do segurado que não exerce atividade laborativa remunerada no momento do recolhimento da prisão é a ausência de renda, e não o último salário de contribuição.

Logo, ressalvando entendimento pessoal, deixo de acolher a pretensão recursal do INSS.

Por outro lado, não se pode acolher a pretensão recursal messiânica do *Parquet* por uma série de razões, processuais e constitucionais.

Trata-se de medida *contra legem*, por infligir ao INSS uma hipótese de *violação do princípio da congruência, conformado no artigo 141 do CPC*.

De fato, a parte autora - por seus representantes legal e processual - requereu o benefício "desde *a data do requerimento na via Administrativa, ou seja, 03 de novembro de 2015*" (petição inicial à f. 5).

A definição da DIB não é matéria de ordem pública, passível de alteração, de ofício, pelo juiz.

Mesmo quando o Ministério Público Federal opina pela fixação do termo inicial na data da prisão, não se me afigura juridicamente possível a retroação operada, exatamente por implicar violação do regramento do *devido processo legal e da ampla defesa* (artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal).

Ao final das contas, o INSS não teve oportunidade de contrariar esse *decisum*, em contrarrazões de apelo, já que a apelação deve ser julgada nos limites do pedido.

Confiram-se os seguintes julgados (g. n.):

> PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSÃO POR MORTE. REMESSA OFICIAL. AGRAVO RETIDO. COMPANHEIRA E FILHA MENOR. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. CARÊNCIA. QUALIDADE DE SEGURADO DO FALECIDO DEMONSTRADA. PROCEDÊNCIA MANTIDA. - Remessa oficial não conhecida. Aplicação do § 2º, do artigo 475 do Código de Processo Civil (Lei nº 10.352/01). - Agravo retido conhecido e não provido. O prévio requerimento administrativo não é condição para a propositura de ação previdenciária. Súmulas nº 213 do extinto Tribunal Federal de Recursos e nº 9 desta Corte. - A norma de regência do benefício observa a data do óbito. *In casu*, disciplina-o a Lei nº 8.213/91, arts. 74 e seguintes, com as alterações da Lei nº 9.528/97, sendo os requisitos: a relação de dependência do pretendente da pensão para com o de cujus e a qualidade de segurado da Previdência Social deste, à época do passamento. - Quanto à dependência, o art. 16, I e §§ 3º e 4º, da Lei nº 8.213/91 assegura o direito colimado pelas autoras, companheira e filha menor do de cujus. - Da análise dos documentos acostados à petição inicial se infere a união estável entre a autora e o falecido. - O beneplácito pretendido prescinde de carência, *ex vi* do artigo 26, inciso I, da Lei nº 8.213/91. - Não se há falar na perda da qualidade de segurado do falecido, visto que ocorrido o óbito no prazo de 12 (doze) meses, relativos ao "período de graça", previsto no art. 15, I e II, da lei nº 8.213/91. - Quanto ao pleito do Ministério Público Federal, para que o termo inicial do benefício seja fixado na data óbito, não pode ser acolhido, visto que não houve insurgência das autoras, as quais não apresentaram recurso. Além disso, o Ilustre parquet ofertou parecer, mas também não apelou, de modo que não se pode retroagir o termo inicial, sob pena de se incorrer em *reformatio in pejus*. - Remessa oficial não conhecida, agravo retido e apelação do INSS improvidos. (TRF/3ª Região, Oitava Turma, APELREE - 545209, processo n. 199903991032827, rel. Vera Jucovsky, DJF3 CJ2 22/09/09, p. 472).

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. AGRAVO LEGAL. RENDA PER CAPITA FAMILIAR SUPERIOR A ¼ DO SALÁRIO MÍNIMO. NÃO CONFIGURAÇÃO. TERMO INICIAL. CITAÇÃO. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA DIB FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECLUSÃO. AGRAVOS DESPROVIDOS. 1. O estado de pobreza da família restou evidenciado pelo estudo social, que comprovou que a renda percebida não é suficiente para a manutenção dos seus membros. 2. Constatado pelo laudo pericial que a parte autora é portadora de males que acarretam a incapacidade para o trabalho, bem como verificado o estado de pobreza em que vive a família, é de se concluir que ela não possui meios de prover a própria subsistência, de modo a ensejar a concessão do benefício. 3. Os argumentos trazidos pelo agravante não merecem ser acolhidos, porquanto a parte autora preencheu os requisitos legais para a concessão do benefício diante do quadro de incapacidade e miserabilidade apresentado. 4. Fixado pela sentença, da qual obteve ciência o Ministério Público Federal, e não recorreu, o termo inicial do benefício na data da citação, encontra-se vedada a rediscussão, nesta sede, de questão não devolvida ao exame do 2º grau. 5. A definição da DIB não consubstancia matéria de ordem pública, passível de reconhecimento, de ofício, pelo juiz. Ainda que assim não fosse, incorre em *reformatio in pejus* o julgado que, em recurso exclusivo de uma das partes, no caso, do INSS, agrava sua situação. 6. Agravos desprovidos (AC 00114114020134039999, APELAÇÃO CÍVEL - 1851658, Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, TRF3, DÉCIMA TURMA, Fonte e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/12/2014).

Diante do exposto, *conheço dos agravos e lhes nego provimento.*

É o voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0014075-68.2018.4.03.9999
(2018.03.99.014075-3)

Apelante: LETICIA DA SILVA OLIVEIRA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE GETULINA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS
Relatora para o Acórdão: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Classe do Processo: Ap 2304566
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/10/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. TRABALHADORA RURAL. ENQUADRAMENTO DA BÓIA-FRIA/DIARISTA COMO SEGURADA EMPREGADA. INICIO DE PROVA MATERIAL. REAFIRMAÇÃO PELA PROVA TESTEMUNHAL.
- A CF/88 assegura proteção à gestante (arts. 7º, XVIII, e 201, II), com a respectiva regulamentação nos arts. 71 a 73 da Lei 8.213/91.
- Com a criação do PRORURAL, os trabalhadores rurais tiveram acesso à proteção social (Lei Complementar 11/1971).
- O direito ao salário-maternidade somente foi assegurado às trabalhadoras rurais com a CF/88, regulamentado na Lei 8.213/91.
- Apesar da ausência de enquadramento previdenciário expresso em lei para o trabalhador rural diarista/bóia-fria, as características da atividade exercida por esses trabalhadores, com subordinação e salário, comprovam que devem ser enquadrados como empregados, entendimento sufragado pela jurisprudência. O INSS, na IN 78/2002 e seguintes, reconheceu o enquadramento do bóia-fria/diarista como segurado empregado.
- O trabalhador rural não pode ser responsabilizado pela falta de recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias, obrigação que é dos empregadores rurais em relação àqueles que lhes prestam serviços, pois cabe ao INSS fiscalizar para impedir esse procedimento ilegal.
- No caso da segurada empregada, a concessão do benefício independe de carência, nos termos da legislação vigente à data do nascimento.
- Tratando-se de segurada empregada, não há carência.
- O art. 71 da Lei 8.213/91, com a redação vigente na data do nascimento de seu filho, determina que a autora deve comprovar que efetivamente trabalhava como diarista/bóia-fria, por meio de início de prova material, que deve ser corroborado por prova testemunhal. Início de prova material em nome próprio, apto para fins de comprovação.
- A TNU já decidiu pela flexibilização do início de prova material para concessão do salário-maternidade (Pedilef 2009.32.00704394-5/AM, Relator Juiz federal Paulo Ricardo Arena Filho, publicação em 28/10/2011).
- Com o julgamento do Recurso Especial n. 1.348.633/SP, representativo de controvérsia, de relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, a jurisprudência do STJ evoluiu no sentido de admitir o reconhecimento de tempo de serviço rural em período anterior ao

documento mais antigo, desde que corroborado por prova testemunhal firme e coesa.
- Comprovada a condição de rurícola no período (pelas informações do sistema CNIS/Dataprev e também da CTPS, atestando o trabalho do companheiro da autora como rurícola) e também o nascimento do(a) filho(a).
- As testemunhas confirmaram o exercício da atividade rural pela autora.
- Concedido o benefício, com termo inicial fixado na data do nascimento, nos termos do pedido.
- As parcelas vencidas deverão ser acrescidas de correção monetária a partir dos respectivos vencimentos e de juros moratórios a partir da citação.
- A correção monetária será aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente, de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, observados os termos do julgamento final proferido na Repercussão Geral no RE 870.947, em 20/09/2017.
- Os juros moratórios serão calculados de forma global para as parcelas vencidas antes da citação, e incidirão a partir dos respectivos vencimentos para as parcelas vencidas após a citação. E serão de 0,5% (meio por cento) ao mês, na forma dos arts. 1.062 do antigo CC e 219 do CPC/1973, até a vigência do CC/2002, a partir de quando serão de 1% (um por cento) ao mês, na forma dos arts. 406 do CC/2002 e 161, § 1º, do CTN. A partir de julho de 2.009, os juros moratórios serão de 0,5% (meio por cento) ao mês, observado o disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, alterado pelo art. 5º da Lei n. 11.960/2009, pela MP n. 567, de 13.05.2012, convertida na Lei n. 12.703, de 07.08.2012, e legislação superveniente.
- Honorários advocatícios fixados no valor de R$ 1.000,00, na forma do art. 85, § 8º, do CPC/2015.
- Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento à apelação, nos termos do entendimento da Desembargadora Federal Marisa Santos (que lavra o acórdão), acompanhada pelo Desembargador Federal Gilberto Jordan e pela Desembargadora Federal Ana Pezarini (que votou nos termos do art. 942, *caput* e § 1º, do CPC); vencido o Relator que lhe negava provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de setembro de 2018.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Cuida-se de apelação interposta em face da r. sentença que julgou improcedente o pedido de concessão de benefício de salário-maternidade e condenou a apelante nos ônus da sucumbência, inclusive horários advocatícios, fixados em R$ 500,00, com correção monetária, a serem eventualmente cobrados, nos termos da legislação referente a justiça gratuita.

Em suas razões, a parte autora requer a reforma do julgado para que seja concedido o benefício, porque comprovado o exercício de atividade rural pelo tempo mínimo rural necessário à concessão do benefício, segundo a Lei nº 8.213/91.

Contrarrazões não apresentadas.

Subiram os autos a esta egrégia Corte, tendo sido distribuídos a este relator.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Conheço a apelação, porque presentes os requisitos de admissibilidade.

No mérito, discute-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão de salário-maternidade ao rurícola.

O salário-maternidade é garantido pela Constituição Federal em seu artigo 7º, XVIII, com status de direito fundamental, ao versar: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XVIII- licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias".

A Lei nº 8.213/91, em seu artigo 71, *caput*, regulamenta a matéria:

> Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

Em relação à segurada especial, definida no artigo 11, inciso VII, da Lei n. 8.213/91, esta faz jus ao benefício de salário-maternidade, conforme estatuído pelo artigo 25, inciso III c.c. artigo 39, parágrafo único, ambos da Lei n. 8.213/91, nas condições estabelecidas pelo artigo 71 dessa lei, com a redação vigente à época do parto, desde que comprove o labor no meio rural, nos doze meses imediatamente anteriores ao do início do benefício. Nesse sentido é a pacífica jurisprudência do STJ (REsp n. 658.634, 5ª Turma, j. em 26/4/2005, v. u., DJ de 30/5/2005, p. 407, Rel. Ministra LAURITA VAZ; REsp n. 884.568, 5ª Turma, j. em 6/3/2007, v. u., DJ de 2/4/2007, p. 305, Rel. Ministro FELIX FISCHER).

Quanto ao tempo de exercício de atividade rural antes do início do benefício, o § 2º do art. 93 do Decreto nº 3.048/99, com redação determinada pelo Decreto 5.545/2005, fixou este prazo para 10 (dez) meses.

> § 2º Será devido o salário-maternidade à segurada especial, desde que comprove o exercício de atividade rural nos últimos *dez meses* imediatamente anteriores à data do parto ou do requerimento do benefício, quando requerido antes do parto, mesmo que de forma descontínua, aplicando-se, quando for o caso, o disposto no parágrafo único do art. 29.

Assim, conforme a redação do artigo supracitado, a agricultora, ao requerer o salário-maternidade, deverá comprovar o exercício da atividade rural nos últimos dez meses imediatamente anteriores ao parto ou do requerimento do benefício. Nesse entendimento, cito por

procedente o v. acórdão:

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. ART. 255 DO RISTJ. TRABALHADORA RURAL. SALÁRIO-MATERNIDADE. REQUISITOS. ART. 93, § 2º, DO DECRETO Nº 3.048/99. INÍCIO DE PROVA MATERIAL.
> I - Em casos nos quais só a comparação das situações fáticas evidencia o dissídio pretoriano, indispensável que se faça o cotejo analítico entre a decisão recorrida e os paradigmas invocados. A simples transcrição de trechos de julgado, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta como demonstração da divergência jurisprudencial.
> II - Nos termos do Decreto nº 3.048/99, art. 93, § 2º, o salário-maternidade será devido à segurada especial desde que comprovado o exercício da atividade rural nos últimos *dez meses imediatamente anteriores à data do parto ou do requerimento do benefício*, quando requerido antes do parto, mesmo que de forma descontínua.
> III - *In casu*, a segurada demonstrou início de prova material apta à comprovação de sua condição de rurícola para efeitos previdenciários.
> Recurso Especial provido.
> (REsp 884.568/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2007, DJ 02/04/2007, p. 305)

Quanto à trabalhadora rural, a matéria encontra-se pacificada no âmbito desta Corte, de considerá-la, receba a denominação de "volante", "boia-fria" ou qualquer outra, segurada da Previdência Social, enquadrada no inciso I, do artigo 11 da Lei n. 8.213/91, na condição de empregada, sem a necessidade do cumprimento de carência, nos termos do artigo 26, inciso VI, da Lei n. 8.213/91 (TRF - 3ª Região, AC n. 862.013, 8ª Turma, j. em 14/8/2006, v. u., DJ de 13/9/2006, p. 253, Rel. Des. Fed. THEREZINHA CAZERTA; AC 1.178.440, 7ª Turma, j. em 25/6/2007, v. u., DJ de 12/7/2007, p. 417, Rel. Des. Fed. WALTER DO AMARAL; AC n. 1.176.033, 10ª Turma, j. em 19/6/2007, v.u., DJ de 4/7/2007, p. 340, Rel. Des. Fed. SERGIO NASCIMENTO).

Ressalto que o empregado não é o responsável pelo recolhimento de contribuições previdenciárias, pois cabe à fiscalização do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a averiguação do cumprimento dessa obrigação dos empregadores.

> PREVIDENCIÁRIO - SALÁRIO-MATERNIDADE - CRIAÇÃO E EXTENSÃO DO BENEFÍCIO À TRABALHADORA AUTÔNOMA - EMPREGADA RURAL.
> (...) IV - A trabalhadora designada "boia-fria" deve ser equiparada à empregada rural, uma vez que enquadrá-la na condição de contribuinte individual seria imputar-lhe a responsabilidade contributiva conferida aos empregadores, os quais são responsáveis pelo recolhimento das contribuições daqueles que lhe prestam serviços. V - Apelação do réu improvida. (AC nº 2003.03.99.019154-0, Décima Turma, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, j. 15.02.05, DJU 14.03.05, p. 492)

> PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADORA RURAL VOLANTE. SALÁRIO- MATERNIDADE. PROVAS MATERIAL E TESTEMUNHAL.
> I- A trabalhadora rural volante exerce atividade remunerada, devendo ser privilegiada a classificação na categoria dos empregados. II- Intelecção que se impõe pela condição do trabalho exercido em regime de subordinação, elemento de maior relevância que a questionada falta de permanência da prestação de serviços ao mesmo empregador, bem como por aplicação do princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, em face do qual o impasse deve ser resolvido na direção que propicia a maior proteção previdenciária. III- Salário-maternidade

devido à trabalhadora rural volante na condição de segurada empregada. (...) VII- Recurso da autora provido; apelação e remessa oficial improvidas. (AC nº 1999.03.99.072410-9, Segunda Turma, Relator Desembargador Federal Peixoto Júnior, j. 30.04.02, DJU 12.03.03, p. 277).

PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. TRABALHADORA RURAL. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. CONTRIBUIÇÕES. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRÉ- QUESTIONAMENTO.
1. O direito à percepção do salário-maternidade é assegurado pela Constituição Federal, no art. 7º, inc. XVIII, e pelo art. 71 da Lei nº 8.213/91. 2. A trabalhadora rural diarista, volante ou "bóia-fria" é equiparada à categoria de empregada e, portanto, segurada obrigatória do RGPS, fazendo jus ao salário-maternidade independentemente de carência (art. 11, I, a e art. 26, IV, ambos da Lei de Benefícios). 3. É de todo conveniente que se admita a prova testemunhal e desde que se apresente de maneira firme e robusta, se dê a ela o condão de demonstrar o tempo de serviço desenvolvido pelo trabalhador rural, necessário à obtenção do benefício previdenciário. 4. Não há necessidade de recolhimento de contribuição pelos rurícolas, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural. Ademais, a responsabilidade pelo recolhimento é do empregador. 5. Destarte, preenchidos os requisitos legais, faz jus a Autora ao salário-maternidade pleiteado na inicial, nos termos do artigo 26, inciso VI c.c. artigos 71 e seguintes, da Lei nº 8.213/91 a partir da época do nascimento de seu filho em 31.07.01, nos termos do artigo 71 do referido texto legal. 6. Com referência à verba honorária, não merece acolhida a alegação do Réu. Os honorários advocatícios foram arbitrados de forma a remunerar adequadamente o profissional e estão em consonância com o disposto no artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil, devendo ser mantida a r. sentença nesse sentido. 7. Inocorrência de violação aos dispositivos legais objetados no recurso a justificar o pré-questionamento suscitado em apelação. 8. Apelação parcialmente provida. (AC nº 200803990378715, 7ª Turma, Relator Desembargador Federal Antônio Cedenho, j. 13.10.2008).

Assim, a autora - trabalhadora rural - em tese tem direito ao salário-maternidade, conforme o artigo 71 da Lei n. 8.213/91, com a redação vigente à época do parto, desde que comprove o labor no meio rural.

A seguir, cumpre analisar o alegado exercício de atividade rural.

A questão relativa à comprovação de atividade rural se encontra pacificada no Superior Tribunal de Justiça, que exige início de prova material e afasta por completo a prova exclusivamente testemunhal (*Súmula n. 149 do STJ*).

Contudo, o início de prova material deve ser contemporâneo à época dos fatos a provar, na forma da súmula nº 34 da TNU.

Admite-se, ainda, a extensão da qualificação de lavrador de um cônjuge ao outro. Para além, segundo a súmula nº 73 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: "Admite-se como início de prova material do efetivo exercício de trabalho rural, em regime de economia familiar, documentos de terceiros, membros do grupo parental".

No caso em discussão, o parto ocorreu em *8/8/2014* (f. 26).

A autora alega que sempre exerceu suas atividades laborativas no campo na função de trabalhadora rural, porém sem registro em carteira.

Quanto ao requisito do início de prova material, a autora juntou apenas CTPS do companheiro Harison Afonso Braga Silva, onde consta anotação de trabalho, como "serviços gerais", no Sítio Boa Esperança, desde 1º/7/2013. Segundo súmula nº 73 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, este vínculo empregatício não serve para fins de extensão de início de prova material à autora, diante da pessoalidade do contrato de trabalho.

Entendo que, no caso dos empregados rurais, mostra-se impossibilitada a extensão da condição de lavrador do cônjuge à mulher, em vista do caráter individual e específico em tais atividades laborais ocorrem. O trabalho, neste caso, não se verifica com o grupo familiar, haja vista restrito ao próprio âmbito profissional de cada trabalhador. Assim, ao contrário da hipótese do segurado especial, não há de se falar em empréstimo, para fins previdenciários, da condição de lavrador do companheiro.

Outrossim, não há nos autos qualquer prova da manutenção de convivência pública, contínua e duradoura entre a autora e o companheiro a caracterizar união estável, pois esta requer incremento do comprometimento mútuo.

A prova testemunha, formada pelos depoimentos de Aline Lima de Souza e Jucelene Simão Floriano, não é bastante para patentear o efetivo exercício de atividade rural da autora. Simplesmente disseram mecanicamente que a requerente sempre trabalhou na roça, como diarista rural, todavia, sem qualquer informação adicional, como o período, a frequência, o que impossibilita qualquer constatação sobre sua atividade no período de gestação.

Assim, conclui que a prova oral, quanto mais, indica trabalho eventual da autora no meio rural, sem a habitualidade e profissionalismo necessário à caracterização da sua qualificação profissional como trabalhadora rural.

Vale repisar que para ser trabalhador rural diarista e ter acesso às benesses previdenciárias, não basta a pessoa de forma esporádica, vez ou outra, ter feito uma diária, havendo necessidade de perenidade da atividade, ainda que considerada a situação própria dos trabalhadores campesinos, onde o serviço nem sempre é diário.

Enfim, não há certeza a respeito do exercício de atividade de rural da parte autora, tanto diante da fragilidade da prova material, seja diante da precariedade da prova testemunhal.

No mais, diferentemente de tempos pretéritos, não é razoável que a parte autora não possua alguma anotação de vínculo empregatício em sua CTPS.

Em decorrência, concluo pelo não preenchimento dos requisitos exigidos à concessão do salário maternidade pleiteado.

Fica mantida a condenação da parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em R$ 700,00 (setecentos reais), já majorados em razão da fase recursal, conforme critérios do artigo 85, §§ 1º e 11, do Novo CPC. Porém, fica suspensa a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do referido código, por ser beneficiária da justiça gratuita.

Diante do exposto, *conheço da apelação e lhe nego provimento*.

É o voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora para o Acórdão):

Divirjo do Relator, quanto à necessidade de comprovação da atividade rural da autora ou do pai da criança dentro do exato período de carência, e também quanto à necessidade de prova testemunhal específica.

A TNU já decidiu pela flexibilização do início de prova material para concessão do salário-maternidade, nos termos que seguem:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL. PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. SEGURADO ESPECIAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. CONTEMPORANEIDADE FLEXIBILIZADA. PERÍODO DE CARÊNCIA EXÍGUO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Acórdão mantém sentença de procedência de concessão do benefício de Salário-Maternidade para segurada especial, a considerar como válidos, a título de início de prova material, não só o registro de nascimento de sua filha (2007), datado dez dias após o parto, ensejador do pedido, mas também de seus irmãos, nascidos em data anterior (2001 e 2003), além da Carteira de Sindicato Rural, com data de associação posterior ao parto.

2. Nesta hipótese, de reduzidíssimo prazo de carência (12 meses para o Segurado Especial), a dificultar sobremodo a localização de documento com datação no período, a título de início de prova material, admite-se a flexibilização da sua contemporaneidade, sob pena de se inviabilizar a concessão do benefício em questão. Dado o seu caráter meramente indiciário, o acolhimento do pedido dependerá ainda da produção de outras provas, especialmente a testemunhal, para ampliar a sua força probante para o período de carência que se quer demonstrar.

3. Some-se a isso que esta Turma Nacional já consolidou entendimento de que os registros públicos (nascimento, casamento e óbito), por ostentarem de fé pública, podem ser aceitos como início de prova material, independentemente da sua contemporaneidade ao período de carência que se quer demonstrar. Precedentes: PEDILEFs nºs 200770520018172; 200932007044100; e 200670950141890.

4. Pedido de Uniformização conhecido e não provido.

5. Devolvam-se às Turmas Recursais de origem os autos de processos distribuídos a esta TNU que tratem de questão semelhante, atinente ao benefício de Salário-Maternidade, para a devida readequação.

(Pedilef 2009.32.00704394-5/AM, Relator Juiz federal Paulo Ricardo Arena Filho, publicação em 28/10/2011).

A prova testemunhal, por sua vez, foi firme e coesa quanto ao trabalho rural da autora, não sendo necessário que se reporte especificamente aos meses anteriores ao parto, sob pena de se inviabilizar a pretensão na maioria dos casos, já que nem sempre há possibilidade de se arrolar testemunhas específicas do período que se pretende comprovar.

Pelos motivos acima elencados, divirjo do entendimento do Relator, concedendo o benefício pleiteado, por entender comprovada a condição de rurícola no período (pelas informações do sistema CNIS/Dataprev e também da CTPS, atestando o trabalho do companheiro da autora como rurícola) e também o nascimento do(a) filho(a).

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do nascimento (08/08/2014), nos termos da legislação que rege a matéria.

As parcelas vencidas deverão ser acrescidas de correção monetária a partir dos respectivos vencimentos e de juros moratórios a partir da citação.

A correção monetária será aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente, de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, observados os termos do julgamento final proferido na Repercussão Geral no RE 870.947, em 20/09/2017.

Os juros moratórios serão calculados de forma global para as parcelas vencidas antes da citação, e incidirão a partir dos respectivos vencimentos para as parcelas vencidas após a citação. E serão de 0,5% (meio por cento) ao mês, na forma dos arts. 1.062 do antigo CC e 219 do CPC/1973, até a vigência do CC/2002, a partir de quando serão de 1% (um por cento) ao mês, na forma dos arts. 406 do CC/2002 e 161, § 1º, do CTN. A partir de julho de 2.009,

os juros moratórios serão de 0,5% (meio por cento) ao mês, observado o disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, alterado pelo art. 5º da Lei n. 11.960/2009, pela MP n. 567, de 13.05.2012, convertida na Lei n. 12.703, de 07.08.2012, e legislação superveniente.

Condeno o(a) INSS ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R$ 1.000,00, na forma do art. 85, § 8º, do CPC/2015.

DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO, para conceder o benefício de salário-maternidade por 120 dias, a partir do nascimento do(a) filho(a).

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora para o Acórdão

APELAÇÃO CÍVEL
0017986-88.2018.4.03.9999
(2018.03.99.017986-4)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARIA MANOELA DELGADO
Parte Ré: VANICE LUCCHESI TUBALDINI
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE SÃO MIGUEL ARCANJO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
Classe do Processo: Ap 2308659
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/10/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PREENCHIDOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. RATEIO COM A EX-ESPOSA. BENEFICIO CONCEDIDO.
1. Para a obtenção do benefício da pensão por morte, faz-se necessário a presença de dois requisitos: qualidade de segurado e condição de dependência.
2. No que tange à qualidade de segurado, restou comprovada em consulta ao extrato do sistema CNIS/DATAPREV (fls. 131), verifica-se que o falecido era beneficiário de aposentadoria por idade desde 27/02/1996.
3. Quanto à comprovação da dependência econômica, a autora Maria Manoela alega na inicial que vivia em união estável com falecido, e a autora Vanice era separada de fato, mas recebia auxilio financeiro do falecido, para comprovar o alegado acostou aos autos cópia do acordo de partilha dos bens, comprovantes de endereço, seguro de vida, notas fiscais e contas de consuma, além da certidão de casamento de Vanice com assento em 20/08/1952, ademais as testemunhas arroladas as fls. 106/107, foram uníssonas em comprovar o alegado entre as partes.
4. Em consulta ao extrato do sistema CNIS/DATAPREV (fls. 193), verifica-se que foi concedida pensão por morte a partir do óbito (23/08/2011) à ex-esposa, sendo cessado em 21/05/2017 conforme certidão de óbito da autora Vanice.
5. Impõe-se, por isso, a procedência do pedido.
6. Desse modo, preenchidos os requisitos legais, reconhece-se o direito das autoras ao beneficio de pensão por morte a partir da data do requerimento administrativo (24/04/2012 - fls. 08), devendo o beneficio ser meado com a ex-esposa Vanice na proporção de 50% para cada uma, conforme determinado pelo juiz sentenciante.
7. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de outubro de 2018.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada por ANA MARIA DE JESUS em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão do benefício de pensão por morte, decorrente do óbito de seu companheiro e ex-marido.

A r. sentença julgou procedente o pedido para condenar o réu a implantar o benefício de pensão por morte em favor das autoras, a partir da data do requerimento administrativo (24/07/2012 - fls. 08), devendo o valor ser rateado entre as autoras Maria Manoela (companheira) e Vanice (ex-esposa) no percentual de 50% do valor do beneficio para cada uma, as parcelas vencidas serão atualizadas com correção monetária e acrescidas de juros de mora nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal. Condenou ainda o réu ao pagamento de honorários de advogado. Isento de custas. Por fim concedeu a tutela antecipada.

Dispensado o reexame necessário.

O INSS interpôs apelação, alegando que a autora não comprovou a dependência econômica em relação ao falecido. Subsidiariamente requer a ocorrência a incidência da Lei 11.960/09 após o julgamento das ADIs.

Com as contrarrazões, subiram os autos a esta E.Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Objetivam as autoras a concessão da pensão por morte, em decorrência do falecimento de seu companheiro e ex-marido, JUAREZ TUBALDINI, ocorrido em 23/08/2011, conforme faz prova a certidão de óbito acostada às fls. 66 dos autos.

Para a obtenção do benefício da pensão por morte, faz-se necessário a presença de dois requisitos: qualidade de segurado e condição de dependência.

No que tange à qualidade de segurado, restou comprovada em consulta ao extrato do sistema CNIS/DATAPREV (fls. 131), verifica-se que o falecido era beneficiário de aposentadoria por idade desde 27/02/1996.

Quanto à comprovação da dependência econômica, a autora Maria Manoela alega na inicial que vivia em união estável com falecido, e a autora Vanice era separada de fato, mas recebia auxilio financeiro do falecido, para comprovar o alegado acostou aos autos cópia do acordo de partilha dos bens, comprovantes de endereço, seguro de vida, notas fiscais e contas de consuma, além da certidão de casamento de Vanice com assento em 20/08/1952, ademais as testemunhas arroladas as fls. 106/107, foram uníssonas em comprovar o alegado entre as partes.

Em consulta ao extrato do sistema CNIS/DATAPREV (fls. 193), verifica-se que foi concedida pensão por morte a partir do óbito (23/08/2011) à ex-esposa, sendo cessado em 21/05/2017 conforme certidão de óbito da autora Vanice.

Impõe-se, por isso, a procedência do pedido.

Desse modo, preenchidos os requisitos legais, reconhece-se o direito das autoras ao beneficio de pensão por morte a partir da data do requerimento administrativo (24/04/2012 - fls. 08), devendo o beneficio ser meado com a ex-esposa Vanice na proporção de 50% para cada uma, conforme determinado pelo juiz sentenciante.

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.

Ante ao exposto, *dou parcial provimento à apelação do INSS* para esclarecer a incidência da correção monetária e dos juros de mora mantendo no mais a r. sentença proferida nos termos acima expostas.

É COMO VOTO.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0019356-05.2018.4.03.9999
(2018.03.99.019356-3)

Apelante: NUBIA DOS SANTOS SOUZA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE PRESIDENTE EPITÁCIO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI
Classe do Processo: Ap 2310150
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/10/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. DESNECESSIDADE DE NOVA PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS À CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS.
- Pedido de concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.
- A parte autora, empregada doméstica, contando atualmente com 51 anos de idade, submeteu-se à perícia médica judicial.
- O laudo atesta que a parte autora apresenta complicação de tratamento cirúrgico em abdômen com aderência grave, sequelas de complicações dos cuidados médicos e cirúrgicos não classificados em outra parte, diabetes mellitus insulino-dependente com complicações múltiplas e episódio depressivo não especificado. Conclui pela inexistência de incapacidade para o trabalho. A cirurgia em que ocorreram as complicações foi realizada há aproximadamente 9 (nove) anos; ao exame físico geral, a autora não apresentou alterações que impeçam o trabalho; as demais patologias estão compensadas e não causam incapacidade.
- Neste caso, o laudo foi claro ao afirmar a inexistência de incapacidade para o trabalho.
- Quanto ao laudo pericial, esclareça-se que cabe ao Magistrado, no uso do seu poder instrutório, deferir ou não, determinada prova, de acordo com a necessidade, para formação do seu convencimento, nos termos do art. 370 do CPC/2015.
- Além disso, a jurisprudência tem admitido a nomeação de profissional médico não especializado, vez que a lei que regulamenta o exercício da medicina não estabelece qualquer restrição quanto ao diagnóstico de doenças e realização de perícias.
- Ressalte-se que não há dúvida sobre a idoneidade do profissional indicado pelo Juízo *a quo*, apto a diagnosticar as enfermidades apontadas pela parte autora que, após perícia médica, atestou a capacidade da parte autora para o exercício de atividade laborativa, não havendo razão para a determinação de uma nova perícia, uma vez que o laudo judicial revelou-se peça suficiente a apontar o estado de saúde da parte autora.
- No mais, o perito, na condição de auxiliar da Justiça, tem o dever de cumprir escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido. Exerce função de confiança do Juízo, sendo nomeado livremente para o exame, vistoria ou avaliação que dependam de conhecimento técnico do qual o Magistrado é desprovido.
- Acrescente-se, ainda, que a parte autora não apresentou qualquer documento capaz de afastar a idoneidade ou a capacidade do profissional indicado para este mister e

que a resposta a quesitos complementares em nada modificaria o resultado na demanda, uma vez que não há uma única pergunta de cunho médico que já não esteja respondida no laudo. Logo, não há que se falar em cerceamento de defesa.
- Assim, neste caso, o conjunto probatório revela que a parte autora não logrou comprovar, à época do laudo médico judicial, a existência de incapacidade total e permanente para o exercício de qualquer atividade laborativa, que autorizaria a concessão de aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 42 da Lei nº 8.213/91; tampouco logrou comprovar a existência de incapacidade total e temporária, que possibilitaria a concessão de auxílio-doença, conforme disposto no art. 59 da Lei 8.212/91; dessa forma, o direito que persegue não merece ser reconhecido.
- Preliminar rejeitada. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 08 de outubro de 2018.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

Cuida-se de pedido de concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

A sentença julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que a parte autora não comprovou a alegada incapacidade para o trabalho.

Inconformada, apela a parte autora, alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa, pelo que requer a anulação da sentença e o retorno dos autos à origem, para complementação da perícia e realização de nova perícia, a ser realizada por especialista em gastroenterologia. No mérito, sustenta, em síntese, que faz jus aos benefícios pleiteados.

Subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

A preliminar será analisada com o mérito.

O pedido é de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença. O primeiro benefício previdenciário está previsto no art. 18, inciso I, letra "a" da Lei nº 8.213/91, cujos requisitos de concessão vêm insertos no art. 42 do mesmo diploma e resumem-se em três itens prioritários, a saber: a real incapacidade do autor para o exercício de qualquer atividade laborativa; o cumprimento da carência; a manutenção da qualidade de segurado.

Por seu turno, o auxílio-doença tem previsão no art. 18, inciso I, letra "e" da Lei nº 8.213/91, e seus pressupostos estão descritos no art. 59 da citada lei: a incapacidade para o trabalho ou para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos; o cumprimento da carência; a manutenção da qualidade de segurado.

Logo, o segurado incapaz, insusceptível de reabilitação para o exercício de qualquer atividade laborativa ou afastado de seu trabalho ou função habitual por mais de 15 (quinze dias), que tenha uma dessas condições reconhecida em exame médico pericial (art. 42, § 1º e 59), cumprindo a carência igual a 12 contribuições mensais (art. 25, inciso I) e conservando a qualidade de segurado (art. 15) terá direito a um ou outro benefício.

Com a inicial vieram documentos.

A parte autora, empregada doméstica, contando atualmente com 51 anos de idade, submeteu-se à perícia médica judicial.

O laudo atesta que a parte autora apresenta complicação de tratamento cirúrgico em abdômen com aderência grave, sequelas de complicações dos cuidados médicos e cirúrgicos não classificados em outra parte, diabetes mellitus insulino-dependente com complicações múltiplas e episódio depressivo não especificado. Conclui pela inexistência de incapacidade para o trabalho. A cirurgia em que ocorreram as complicações foi realizada há aproximadamente 9 (nove) anos; ao exame físico geral, a autora não apresentou alterações que impeçam o trabalho; as demais patologias estão compensadas e não causam incapacidade.

Neste caso, o laudo foi claro ao afirmar a inexistência de incapacidade para o trabalho.

Quanto ao laudo pericial, esclareça-se que cabe ao Magistrado, no uso do seu poder instrutório, deferir ou não, determinada prova, de acordo com a necessidade, para formação do seu convencimento, nos termos do art. 370 do CPC/2015.

Além disso, a jurisprudência tem admitido a nomeação de profissional médico não especializado, vez que a lei que regulamenta o exercício da medicina não estabelece qualquer restrição quanto ao diagnóstico de doenças e realização de perícias. Confira-se, nesse sentido:

> *PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL. REALIZAÇÃO NOVA PERÍCIA. OUTRO PROFISSIONAL. INCABÍVEL.*
> - A elaboração de perícia será determinada sempre que a prova do fato depender de conhecimento especial de técnico.
> - *In casu*, o exame médico foi realizado por médico perito de confiança do juízo (clínico-geral). Trata-se, antes de qualquer especialização, de médico capacitado para realização de perícia médica judicial, sendo descabida a nomeação de médico especialista para cada sintoma descrito pela parte.
> - Não se constatou doença psiquiátrica que demande a necessidade de realização de perícia específica. - Ademais, cabe ao magistrado apreciar livremente a prova apresentada, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes (artigo 131 do CPC).
> - Agravo de instrumento a que se nega provimento.
> (TRF 3ª Região, 8ª Turma, AI 201003000050870 (398863), Rel. Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann, j. em 18/10/2010, DJF3 CJ1 27/10/2010, p. 1030).

> *PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO (ART. 557, §1º, DO CPC). AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS.*
> I - A perícia realizada nos autos, por médico de confiança do juízo, respondeu a todos os quesitos, abordando as matérias indagadas pelas partes, de forma suficiente à correta apreciação

do pedido formulado na inicial, apresentando laudo pericial minucioso e completo quanto às condições físicas do autor, concluindo pela inexistência de doenças ou incapacidade para o trabalho.
II - O fato da perícia ter sido realizada por médico não especialista na área de ortopedia não traz nulidade, uma vez que se trata de profissional de nível universitário e de confiança do juízo.
III - Agravo do autor improvido (art. 557, §1º, do CPC).
(TRF 3ª Região, 10ª Turma, AI 201003000150347 (406784), Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, j. em 28/09/2010, DJF3 CJ1 06/10/2010, p. 957).

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL POR MÉDICO ESPECIALISTA NÃO COMPROVADA. CARÊNCIA. COMPROVAÇÃO. QUALIDADE DE SEGURADO. COMPROVAÇÃO. INCAPACIDADE LABORAL INEXISTENTE. ANÁLISE DO PREECHIMENTO DE TODOS OS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. NECESSIDADE. APELO IMPROVIDO.
I - Não há que se falar em realização de perícia médica por especialista na mesma doença anteriormente diagnosticada, o que implicaria em negar vigência à legislação que regulamenta a profissão de médico, que não exige especialização do profissional da medicina para o diagnóstico de doenças ou para a realização de perícias.
II - As consultas ao Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS e ao Sistema Único de Benefícios - DATAPREV comprovam o preenchimento da carência exigida por Lei e da qualidade de segurado no momento do ajuizamento da ação. III - O expert apontou a aptidão para o trabalho habitual do autor, o que inviabiliza a concessão do auxílio-doença.
IV - Apelo improvido.
(TRF 3ª Região, 9ª Turma, AC 200761080056229 (1439061), Rel. Des. Fed. Marisa Santos, j. em 19/10/2009, DJF3 CJ1 05/11/2009, p. 1211).

Ressalte-se que não há dúvida sobre a idoneidade do profissional indicado pelo Juízo *a quo*, apto a diagnosticar as enfermidades apontadas pela parte autora que, após perícia médica, atestou a capacidade da parte autora para o exercício de atividade laborativa, não havendo razão para a determinação de uma nova perícia, uma vez que o laudo judicial revelou-se peça suficiente a apontar o estado de saúde da parte autora.

No mais, o perito, na condição de auxiliar da Justiça, tem o dever de cumprir escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido. Exerce função de confiança do Juízo, sendo nomeado livremente para o exame, vistoria ou avaliação que dependam de conhecimento técnico do qual o Magistrado é desprovido.

Acrescente-se, ainda, que a parte autora não apresentou qualquer documento capaz de afastar a idoneidade ou a capacidade do profissional indicado para este mister e que a resposta a quesitos complementares em nada modificaria o resultado na demanda, uma vez que não há uma única pergunta de cunho médico que já não esteja respondida no laudo.

Logo, não há que se falar em cerceamento de defesa.

Assim, neste caso, o conjunto probatório revela que a parte autora não logrou comprovar, à época do laudo médico judicial, a existência de incapacidade total e permanente para o exercício de qualquer atividade laborativa, que autorizaria a concessão de aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 42 da Lei nº 8.213/91; tampouco logrou comprovar a existência de incapacidade total e temporária, que possibilitaria a concessão de auxílio-doença, conforme disposto no art. 59 da Lei 8.212/91; dessa forma, o direito que persegue não merece ser reconhecido.

Logo, a sentença deve ser mantida, nos termos do entendimento jurisprudencial pacificado.

Confira-se:

> *PREVIDENCIÁRIO. PRECLUSÃO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE LABORATIVA.*
> 1. A prova pericial deve ser impugnada na forma prevista nos artigos 425, 435 e 437 do CPC. Preclusão consumativa.
> 2. A aposentadoria por invalidez é devida ao segurado que comprove a incapacidade e a carência de 12 (doze) contribuições mensais.
> 3. A prova pericial acostada aos autos revela que a apelante não sofre qualquer incapacidade para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.
> 4. Não preenchidos os requisitos legais para obtenção do benefício de aposentadoria por invalidez (artigo 42 da Lei nº 8.213/91), correta a sentença que o indeferiu.
> 5. Recurso improvido.
> (TRF 3a. Região - Apelação Cível - 803047 - Órgão Julgador: Segunda Turma, DJ Data: 11/02/2003 Página: 190 - Rel. Juíza MARISA SANTOS).

> *PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. LAUDO PERICIAL. AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES LABORATIVAS HABITUAIS. BENEFÍCIO INDEVIDO.*
> 1. O auxílio-doença somente é devido ao segurado que comprove os requisitos do artigo 59 da Lei nº 8.213/91.
> 2. Tendo o laudo pericial concluído que o autor não está incapacitado para o exercício de suas funções laborativas habituais, não faz jus à concessão de auxílio-doença, nos termos dos artigos 59 e 62 da Lei nº 8.213/91.
> 3. Ante a ausência de comprovação de incapacidade laboral, é desnecessária a incursão sobre os demais requisitos exigidos para a concessão do auxílio-doença.
> 4. Apelação do autor improvida.
> (TRF 3a. Região - Apelação Cível - 285835 - Órgão Julgador: Décima Turma, DJ Data: 18/09/2004 Página: 589 - Rel. Juiz GALVÃO MIRANDA).

Dispensável a análise dos demais requisitos, já que a ausência de apenas um deles impede a concessão dos benefícios pretendidos.

Dessa forma, impossível o deferimento do pleito.

Pelas razões expostas, rejeito a preliminar arguida e nego provimento à apelação.

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0020170-17.2018.4.03.9999
(2018.03.99.020170-5)

Apelante: JOAQUIM DONIZETE PESSIM
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE COLINA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN
Classe do Processo: Ap 2311062
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/10/2018

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-ACIDENTE. ACIDENTE DE QUALQUER NATUREZA. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
- O benefício de auxílio-acidente encontra-se disciplinado pelo art. 86 da Lei nº 8.213/91, que, a partir da Lei nº 9.032/95, é devido como indenização ao segurado que sofrer redução da capacidade para o trabalho, em razão de sequelas de lesões consolidadas decorrentes de acidente de qualquer natureza. A única exceção é a da perda auditiva, em que ainda persiste a necessidade de haver nexo entre o trabalho exercido e a incapacidade parcial para o mesmo, conforme disposto no §4º do referido artigo, com a alteração determinada na Lei nº 9.528/97.
- O laudo pericial atesta que a autora sofreu acidente cujas sequelas implicam em redução da capacidade laborativa.
- Termo inicial fixado na data do requerimento administrativo.
- Conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil 1973 (atual art. 240 Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015), os juros de mora são devidos a partir da citação na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02, após, à razão de 1% ao mês, consonante com o art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 (art. 1º-F da Lei 9.494/1997), calculados nos termos deste diploma legal.
- A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.
- Os honorários advocatícios deverão ser fixados na liquidação do julgado, nos termos do inciso II, do § 4º, c.c. §11, do artigo 85, do CPC/2015.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a matéria preliminar e, no mérito, dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de outubro de 2018.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Trata-se de apelação interposta em ação ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão do benefício de auxílio-acidente, com pedidos sucessivos de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença.

A r. sentença de fls. 125/131 julgou improcedentes os pedidos e condenou a parte autora a pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 800,00, observada a justiça gratuita.

Em razões recursais de fls. 136/147 argui a parte autora, preliminarmente, a nulidade da r. sentença.

No mérito, requer a procedência do pedido, por entender preenchidos os requisitos necessários à concessão dos benefícios, com a fixação do termo inicial na data do indeferimento administrativo e fixação dos honorários advocatícios em 15% sobre o valor das prestações vencidas.

Com contrarrazões do INSS.

É o relatório.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Tempestivo o recurso e respeitados os demais pressupostos de admissibilidade recursais, passo ao exame da matéria objeto de devolução.

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA

Inicialmente, afasto a matéria preliminar de cerceamento de defesa, eis que a prova testemunhal não constitui meio hábil à comprovação da invalidez ou redução de capacidade para o labor, a qual deve ser produzida mediante realização de prova técnica, qual seja, a perícia médica conduzida por profissional devidamente habilitado, como exigido pela legislação aplicável ao caso em apreço.

Ademais, da análise do laudo pericial produzido nos autos, verifico que fora conduzido de maneira adequada, tendo o expert oferecido resposta às indagações propostas, dispensando qualquer outra complementação. Vale ressaltar que o perito é médico devidamente registrado no respectivo Conselho de Classe (CRM), presumindo-se detenha ele conhecimentos gerais da área de atuação, suficientes ao exame e produção da prova determinada, independentemente da especialidade que tenha seguido.

Afasto, assim, a alegação de cerceamento de defesa, uma vez que o conjunto probatório acostado aos autos é suficiente para a formação da convicção do magistrado.

DO AUXÍLIO-ACIDENTE

O benefício de auxílio-acidente encontra-se disciplinado pelo art. 86 da Lei nº 8.213/91, que, a partir da Lei nº 9.032/95, é devido como indenização ao segurado que sofrer redução da capacidade para o trabalho, em razão de sequelas de lesões consolidadas decorrentes de acidente de qualquer natureza. A única exceção é da perda auditiva, em que ainda persiste a

necessidade de haver nexo entre o trabalho exercido e a incapacidade parcial para o mesmo, conforme disposto no §4º do referido artigo, com a alteração determinada na Lei nº 9.528/97.

Em sua redação original, o art. 86 da Lei de Benefícios contemplava três hipóteses para a concessão do auxílio-acidente, considerando a diversidade de consequências das sequelas, tal como a exigência de "maior esforço ou necessidade de adaptação para exercer a mesma atividade".

Com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.032 de 28.04.95, o dispositivo contemplou apenas os casos em que houver efetiva redução da capacidade funcional. Com o advento da Lei nº 9.528/97, a redução deve ser para a atividade habitualmente exercida. Além disso, seja qual for a época de sua concessão, este benefício independe de carência para o seu deferimento.

O seu termo inicial é fixado no dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado (art. 86, §2º, da Lei nº 8.213/91). Se não houve esta percepção anterior, nem requerimento administrativo, este deve ser na data da citação. Precedente: STJ, REsp 1.095.523/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 3ª Seção, DJE 05/11/2009.

Por sua vez, o art. 18, §1º, da Lei nº 8.213/91, relaciona os segurados que fazem jus ao auxílio-acidente: o empregado, o trabalhador avulso e o segurado especial. Na redação original, revogada pela Lei nº 9.032 de 28.04.1995, ainda contemplava os presidiários que exercessem atividade remunerada.

Dentre as modificações de maior relevância, desde a vigência do Plano de Benefícios, destaca-se a relativa ao valor do auxílio, que, originalmente, correspondia a 30% (trinta por cento), 40% (quarenta por cento) ou 60% (sessenta por cento) do salário-de-contribuição do segurado, não podendo ser inferior a este percentual do seu salário de benefício, e, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.528/97, passou a 50% (cinquenta por cento) do salário de benefício.

É benefício que independe de carência, segundo o disposto no art. 26 da Lei nº 8.213/91.

DO CASO DOS AUTOS

Conforme relato inicial, a autora sofreu acidente doméstico em 07/07/2014. Sustenta laborar como bombeiro hidráulico, havendo restrições de movimento na mão direita, o que ocasionou a diminuição da capacidade para suas atividades habituais.

O laudo pericial de fls. 89/95 concluiu que a parte autora "sofreu acidente de qualquer natureza em 07/06/2014 (folha 17)", havendo "nexo entre seu acidente e sua lesão", que "como sequela definitiva há amputação parcial do dedo anelar direito", não gerando incapacidade para o "seu trabalho habitual", entretanto, "torna seu trabalho mais árduo, de forma definitiva" (fls. 92).

Conforme se verifica da cópia da CTPS acostada a fls. 14, a parte autora, à época do acidente, laborava na empresa "SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE COLINA - SAAEC" (desde 13/05/2002).

Assim, do conjunto probatório dos autos, entendo que a situação clinica da requerente se enquadra no inciso II do art. 104 do Decreto 3.048/99, *in verbis*:

> Art. 104. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado empregado, exceto o doméstico, ao trabalhador avulso e ao segurado especial quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar seqüela definitiva, conforme as situações discriminadas no anexo III, que implique:

> II - redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exerciam e exija maior esforço para o desempenho da mesma atividade que exerciam à época do acidente; (...)

Desta forma, de rigor o acolhimento do pedido inicial

TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO

O §2º do artigo 86 da Lei de Benefícios dispõe que o auxílio-acidente é devido a partir do dia seguinte à data de cessação do benefício de auxílio-doença. Entretanto, não havendo notícia nos autos acerca de eventual cessação de benefício, fixo o termo inicial na data do requerimento administrativo, em 01/06/2016 (fls. 79).

CONSECTÁRIOS

JUROS DE MORA

Conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil 1973 (atual art. 240 Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015), os juros de mora são devidos a partir da citação na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02, após, à razão de 1% ao mês, consonante com o art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 (art. 1º-F da Lei 9.494/1997), calculados nos termos deste diploma legal.

CORREÇÃO MONETÁRIA

A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Com o advento do novo Código de Processo Civil, foram introduzidas profundas mudanças no princípio da sucumbência, e em razão destas mudanças e sendo o caso de sentença ilíquida, a fixação do percentual da verba honorária deverá ser definida somente na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II, do § 4º c.c. § 11, ambos do artigo 85, do CPC/2015, bem como o artigo 86, do mesmo diploma legal.

Os honorários advocatícios, a teor da Súmula 111 do E. STJ incidem sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência; contudo, uma vez que a pretensão do segurado somente foi deferida nesta sede recursal, a condenação da verba honorária incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da presente decisão ou acórdão, atendendo ao disposto no § 11 do artigo 85, do CPC.

CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS

A teor do disposto no art. 4º, I, da Lei Federal nº 9.289/96, as Autarquias são isentas do pagamento de custas na Justiça Federal.

De outro lado, o art. 1º, §1º, deste diploma legal, delega à legislação estadual normatizar sobre a respectiva cobrança nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual no exercício da competência delegada.

Assim, o INSS está isento do pagamento de custas processuais nas ações de natureza previdenciária ajuizadas nesta Justiça Federal e naquelas aforadas na Justiça do Estado de São Paulo, por força da Lei Estadual/SP nº 11.608/03 (art. 6º).

Contudo, a legislação do Estado de Mato Grosso do Sul que dispunha sobre a isenção referida (Leis nº 1.135/91 e 1.936/98) fora revogada a partir da edição da Lei nº 3.779/09 (art. 24, §§1º e 2º), razão pela qual é de se atribuir ao INSS o ônus do pagamento das custas processuais nos feitos que tramitam naquela unidade da Federação.

De qualquer sorte, é de se ressaltar que, em observância ao disposto no art. 27 do Código de Processo Civil, o recolhimento somente deve ser exigido ao final da demanda, se sucumbente.

A isenção referida não abrange as despesas processuais, bem como aquelas devidas a título de reembolso à parte contrária, por força da sucumbência.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, rejeito a matéria preliminar e, no mérito, dou parcial provimento à apelação, para condenar o INSS a conceder à parte autora o benefício de auxílio-acidente, fixados os juros de mora, a correção monetária e os honorários advocatícios na forma acima fundamentada.

É o voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

Direito Processual Civil

APELAÇÃO CÍVEL
0013922-09.2006.4.03.6102
(2006.61.02.013922-9)

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E CALIO E ROSSI ENGENHARIA E COM. LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS
Classe do Processo: Ap 1980937
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/08/2018

EMENTA

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. RELEVÂNCIA SOCIAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. MORADIA. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO DE IMÓVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CDC. APELAÇÃO IMPROVIDA.
I - O Superior Tribunal de Justiça, em julgados recentes, reforçou o entendimento de que o MPF tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos dotados de relevância social, como é o caso dos autos, no que é acompanhado por esta Primeira Turma do TRF da 3ª Região. Nem a eventual existência de associação civil seria suficiente para afastar a legitimidade ativa do Ministério Público Federal nestas condições.
II - A CEF pode figurar no pólo passivo da ação, atraindo a competência da Justiça Federal, mesmo quando não teve qualquer atuação como agente financeiro na aquisição do imóvel. Trata-se da hipótese em que figura como assistente simples da seguradora, representando o Fundo de Compensação de Variações Salariais, cujo patrimônio pode ser afetado por ser o garantidor em última instância de apólices públicas de seguro, o chamado "ramo 66", por sistemática em algo semelhante a dos resseguros. Caso em que não se cogita, em absoluto, da ilegitimidade passiva da CEF, uma vez que é parte no contrato de mútuo, além de preposta do contrato de seguro.
III - A CEF não tem responsabilidade sobre vícios de construção quando atua estritamente como agente financeiro. Como exemplo, é possível citar a hipótese em que esta não teve qualquer participação na construção, destinando-se o financiamento concedido à aquisição de imóvel pronto com regramento corriqueiro de mercado. A realização de perícia nestas condições justifica-se pelo fato de que o imóvel financiado também costuma ser o objeto de garantia do próprio financiamento. Nesta ocasião, a CEF teoricamente pode, inclusive, recusar o financiamento se entender que a garantia em questão representa um risco desproporcional a seu patrimônio, independentemente da conduta ou credibilidade do mutuário.
IV - O mesmo entendimento anteriormente exposto, afastando a existência de responsabilidade, é adotado por parte da jurisprudência pátria mesmo quando a CEF financia a própria construção do imóvel, desde que sua atuação esteja restrita àquela típica de um agente financeiro. O entendimento é o oposto, por consequência, nas hipóteses em que sua atuação é a de um verdadeiro braço estatal e agente executor de políticas públicas habitacionais, provendo moradia popular.

V - Há que se considerar, no entanto, que diversos julgados, ao diante de peculiaridades fáticas ou contratuais nos casos concretos, vislumbram uma atuação mais ampla da CEF para além daquelas consideradas típicas e restritas aos agentes financeiros, mesmo quando o financiamento do empreendimento não está relacionado à efetivação de programas habitacionais. Neste contexto, não é possível afastar, de plano, a existência de responsabilidade por danos oriundos de vícios de construção que atingem a esfera jurídica de seus consumidores.
VI - Tal solução é adotada nas controvérsias em que se reconhece a existência de desequilíbrio contratual e uma posição demasiadamente fragilizada do consumidor final frente aos fornecedores, quando estes atuam não apenas em cadeia de produção, mas de forma estreitamente conectada, constituindo uma relação de consumo triangular que dificilmente seria viabilizada de forma distinta. Neste contexto, um mesmo agente financeiro, em parceria com a construtora, oferta crédito destinado à aquisição de imóvel na planta, realizando publicidade vinculada ao empreendimento e emprestando sua credibilidade ao mesmo.
VII - Caso em que as cláusulas apontadas, ao estabelecerem a solidariedade entre os devedores na fase de construção, tornam inequívoca a existência de direitos individuais homogêneos. Ao mesmo tempo evidenciam que a realização do empreendimento só foi possível mediante a parceria entre o agente financeiro e a construtora, sendo questionável se a atuação da CEF como gestora do FGTS pode ser comparada à atuação de outros agentes financeiros no mercado imobiliário.
VIII - A CEF, enquanto pessoa jurídica pública nacional que presta serviços de natureza bancária, financeira e de crédito mediante remuneração no mercado de consumo, enquadra-se no conceito de fornecedora do artigo 3º, *caput* e § 2º do CDC. Anoto ser firme a jurisprudência dos egrégios Supremo Tribunal Federal (ADI 2591) e do Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 297) pela aplicabilidade dos princípios do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de mútuo bancário.
IX - A existência de responsabilidade solidária entre os devedores, sem a correspondente solidariedade entre os fornecedores, que decorre de normas legais com força de ordem pública, representaria verdadeiro desequilíbrio econômico financeiro entre as partes ou mesmo exigência de vantagem manifestamente excessiva sobre os primeiros.
X - No mesmo sentido deve ser considerada a cláusula que exige a obrigação dos mutuários de zelar pela integridade do imóvel, inclusive com a realização de obras, condicionada à anuência da CEF, que pode a qualquer tempo vistoriar o imóvel. Nestas condições, seria abusivo afastar qualquer responsabilidade da CEF por danos oriundos de vícios cometidos pela construtora na edificação do empreendimento, já que a CEF tem nítido interesse na preservação da garantia, além da prerrogativa de vistoriar a obra ou o imóvel já construído a qualquer momento enquanto vigente o contrato.
XI - A CEF, enquanto fornecedora que tem engenheiros em seu quadro de funcionários, não apenas pode verificar a qualidade do serviço prestado pela construtora ao realizar as vistorias, mas tem melhores condições técnicas para avaliar os relatórios apresentados pela mesma, além de ter melhores condições jurídicas e econômicas para avaliar o projeto apresentado e sua correta execução, já que realiza medições periódicas que podem condicionar a liberação progressiva dos valores financiados.
XII - Não se afiguraria razoável que os riscos do empreendimento e os prejuízos pelos danos apontados, oriundos de vícios de construção, fossem suportados exclusivamente pelos consumidores, notadamente quando, ademais, não deram causa, por qualquer

ação ou omissão, à deterioração do imóvel. O pleito dos autores encontra guarida no artigo 6º, V, VI, artigo 7º, parágrafo único, artigo 20, artigo 23, artigo 25, § 1º, artigo 39, V, artigo 47, artigo 51, I, IV, § 1º, II, III do CDC, não havendo razões para a incidência, no caso em tela, da Súmula 381 do STJ.
XIII - Quanto ao valor da indenização, a juízo *a quo* baseou-se nas provas e estimativas realizadas por perito de sua confiança, e sua fixação não ofende os termos da legislação consumerista, não se cogitando da necessidade de individualização dos danos para cada um dos imóveis, já que a amostragem da perícia revelou que atingem todo o empreendimento. Por estas razões, a sentença apelada não merece reforma.
XIV - Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 07 de agosto de 2018.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS (Relator):

Trata-se de apelação interposta pela Caixa Econômica Federal contra sentença (fls. 1682/1696) que julgou procedente o pedido para o fim de condenar solidariamente as rés a pagarem a cada um dos cinquenta e cinco mutuários do loteamento Jardim Bom Retiro, a título de indenização por vícios de construção, o valor de R$ 24.097,00 (vinte e quatro mil e noventa e sete reais), posicionados para setembro de 2011.

A ação civil pública foi interposta pelo Ministério Público Federal em face da Caixa Econômica Federal e de Cálio & Rossi Engenharia e Comércio Ltda, objetivando a condenação das rés na obrigação de fazer consistente na realização de obras e serviços necessários ao reparo dos imóveis integrantes do Loteamento Jardim Bom Retiro, na cidade de Monte Alto. Não sendo possível, requer a condenação das mesmas ao pagamento de indenização equivalente.

Em razões de apelação, a CEF sustenta, preliminarmente a inadequação da via eleita, já que os direitos discutidos são individuais, disponíveis e não homogêneos. No mérito afirma que não há quaisquer elementos que permitam apontar a responsabilidade da CEF pela solidez da obra, bem como para indenização e realização de obras de eventual sinistro de danos físicos. Aduz não ser possível cogitar de responsabilidade técnica dos engenheiros da CEF pela edificação, atribuível exclusivamente aos engenheiros da construtora, cabendo ao Município a aprovação das obras. Refere que sua atuação restringiu-se àquela típica de um agente financeiro e que a vistoria realizada destinava-se a averiguar o valor do imóvel e da garantia do financiamento. Argumenta que tampouco tem responsabilidade como seguradora no caso em tela, e que, ademais, a hipótese que fundamenta o pedido não encontra previsão de cobertura na apólice contratada. Argui que não houve a adequada individualização do estado dos imóveis ou a qualificação de seus ocupantes para a fixação da condenação.

Com contrarrazões, subiram os autos.

O representante do Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento da apelação.

É o relatório.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS (Relator):

De início, quanto à preliminar de inadequação da via eleita, é de se destacar que o Superior Tribunal de Justiça, em julgados recentes, reforçou o entendimento de que o MPF tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos dotados de relevância social, como é o caso dos autos, no que é acompanhado por esta Primeira Turma do TRF da 3ª Região. Este entendimento tem guarida no artigo 81, parágrafo único e artigos 82, I e 83 do CDC. Destaco que nem a eventual existência de associação civil seria suficiente para afastar a legitimidade ativa do Ministério Público nestas condições.

Nesse sentido, colho da jurisprudência desta Turma o seguinte julgado:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TELEFONIA FIXA E ACESSO À INTERNET. VENDA CASADA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. RELEVÂNCIA SOCIAL EVIDENCIADA. LEGITIMIDADE CONFIGURADA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA*.
> 1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entendeu cabível à hipótese.
> 2. *O Ministério Público tem legitimidade processual para a propositura de ação civil pública objetivando a defesa de direitos individuais homogêneos, mormente se evidenciada a relevância social na sua proteção.*
> 3. No caso em apreço, *a discussão transcende a esfera de interesses individuais dos efetivos contratantes*, tendo reflexos em uma universalidade de potenciais consumidores que podem ser afetados pela prática apontada como abusiva.
> 4. Agravo interno não provido.
> (STJ, AINTARESP 201602042557, AINTARESP - Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial - 961976, Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJE DATA:03/02/2017)

Rejeito a matéria preliminar, em face do quanto aduzido.

A constatação de existência de danos em um imóvel, ou da iminência dos mesmos, é matéria que dá ensejo a diversas controvérsias judiciais, e a apuração da responsabilidade para arcar com o prejuízo decorrentes dos mesmos pode envolver grande complexidade ao se considerar o número de atores envolvidos desde sua construção até a posse ou aquisição pelo destinatário final.

A responsabilidade pode recair sobre o proprietário quando ele mesmo deu causa ao dano ao conduzir a construção do imóvel, ou quando constatado que, apesar de não ter participado de sua construção, a danificação do imóvel decorreu de sua má conservação. O proprietário também não poderá atribuir responsabilidade a terceiros se, ao realizar modificações no imóvel, acaba por comprometer a funcionalidade do projeto original danificando seu patrimônio por

negligência, imperícia ou imprudência. Neste sentido, já decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

> DIREITO CIVIL E ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO DO IMÓVEL. REPARAÇÃO DOS DANOS DECORRENTES DOS VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO.
> 1. Quanto à preliminar de nulidade processual ante a ausência de citação da ré, a teor do art. 214 do CPC, sem razão a recorrente, tendo em vista que o parágrafo primeiro do referido dispositivo afirma que o comparecimento espontâneo da parte supre a ausência de citação. Fato que veio a ocorrer.
> 2. A narrativa dos autores não é substancial, não afirmando sequer a data que comunicaram o "sinistro" (sublinhe-se, não há sinistro). As rés não podem ser responsabilizadas pelos danos no imóvel porquanto não subsiste relação jurídica entre estas e o autor. O contrato foi firmado em 1983 e liquidado em outubro de 1999. Nos contratos habitacionais, o seguro é pacto adjeto e obrigatório. Findando a relação principal, não pode persistir o contrato de seguro, afastando-se também a responsabilidade da seguradora.
> 3. Em se tratando de ação que objetiva a reparação dos danos decorrentes dos vícios de construção, cuja obra realizou-se há mais de 25 (vinte e cinco) anos, entendo sem razão a apelante, em que pese a evidência dos problemas apurados em laudo pericial. Some-se a isso, o longo período de tempo transcorrido da construção ao laudo pericial, onde *constata-se a rigor a ausência de manutenção periódica a fim de que fosse evitada a atual má conservação do imóvel.*
> (TRF4, AC 5039660-21.2011.4.04.7100, QUARTA TURMA, Relator LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 15/08/2012)

É intuitivo, no entanto, que a construtora terá responsabilidade por vícios redibitórios quando comete erros de projeto, utiliza materiais inadequados, ou quando a execução da obra, por qualquer razão que lhe possa ser imputada, compromete seu resultado final causando danos no imóvel, comprometendo sua estrutura e/ou depreciando seu valor.

De modo semelhante, se houve a contratação de seguro que prevê a cobertura por danos no imóvel, o segurado terá pretensão a exercer contra a seguradora se verificada a configuração de sinistro. A responsabilidade da seguradora depende da incidência de alguma das hipóteses previstas em apólice, o que pode ser verificado por meio da produção de prova pericial, e somente será afastada de plano quando restar indubitável a incidência de alguma das hipóteses expressamente excluídas de cobertura por cláusula contratual.

> PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. SFH. SEGURO IMOBILIÁRIO. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. CAIXA SEGURADORA S/A. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO. EXCLUSÃO DA COBERTURA SECURITÁRIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CAUSALIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL.
> I - Na espécie, a prova pericial comprovou que *os vícios apontados decorreram da construção do imóvel, constituindo, portanto, vícios de construção do bem imóvel, expressamente excluídos da cobertura securitária.* Por outro lado, não há que se falar em reparação por danos morais, tendo em vista a ausência de nexo de causalidade entre as condutas das instituições financeiras e o encontrado vício de construção do imóvel, sendo que a avaliação pericial exigida pela CEF não se destina a investigar com profundidade o imóvel a ser adquirido, a ponto de identificar possíveis comprometimentos na sua construção.
> II - Apelação da autora desprovida.
> (TRF1, APELAÇÃO 00008617320094013308, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:23/05/2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. CEF E SASSE. AÇÃO RESCISÓRIA DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA COM FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. VÍCIO DE CONSTRUÇÃO. AUSÊNCIA DE COBERTURA SECURITÁRIA. ILEGITIMIDADE. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.
I - A controvérsia deste agravo diz respeito à originária ação de rescisão contratual c/c obrigação de fazer, danos morais e materiais, pela qual os autores pretendem rescindir o contrato de compra e venda de imóvel residencial, havido de Hélio Freitas de Souza com parcial financiamento do preço, financiamento habitacional contratado junto ao agente financeiro CEF e com seguro da SASSE, rescisão contratual que seria decorrente de danos no imóvel provenientes de falhas em compactação do terreno e da existência de uma adutora da SABESP no local.
II - Sustentam a responsabilidade das rés CEF e SASSE por haverem exigido elaboração de perícia no imóvel, feita por engenheiro indicado por elas, como condição para aprovação do financiamento, sendo que a aprovação do imóvel teria sido causa para a sua aquisição pelos autores.
III - Todavia, do contrato de compra e venda com financiamento habitacional firmado com o proprietário/vendedor e a CEF e do respectivo contrato de seguro pactuado com a SASSE, extrai-se que não foi objeto de contratação com a CEF a edificação do imóvel, e nem com a SASSE foi contratado seguro que cobrisse *os vícios intrínsecos do imóvel, os quais foram, bem ao contrário, expressamente excluídos da cobertura de riscos pactuados*, de onde se extrai a ilegitimidade passiva de ambas para a ação originária proposta, sendo de rigor a manutenção da decisão agravada que determinou sua exclusão da lide e reconheceu a incompetência desta Justiça Federal para seu processo e julgamento.
IV - Agravo de instrumento desprovido.
(TRF3, AI 00346605420074030000, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 297418, JUIZ CONVOCADO SOUZA RIBEIRO, SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/01/2010)

Nesta seara, outra sorte de divergências surge ao se perquirir a existência ou não de responsabilidade do agente financeiro que financiou a aquisição do imóvel construído de modo irregular. No particular desta Justiça Federal, a existência e a extensão da responsabilidade da Caixa Econômica Federal ganham especial relevância.

De início, cumpre destacar que a CEF pode figurar no pólo passivo da ação, atraindo a competência da Justiça Federal, mesmo quando não teve qualquer atuação como agente financeiro na aquisição do imóvel. Trata-se da hipótese em que figura como assistente simples da seguradora, representando o Fundo de Compensação de Variações Salariais, cujo patrimônio pode ser afetado por ser o garantidor em última instância de apólices públicas de seguro, o chamado "ramo 66", por sistemática em algo semelhante a dos resseguros.

Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça julgou recurso especial representativo de controvérsia, cuja aplicação ainda é objeto de certa controvérsia, notadamente em relação aos contratos assinados antes de 1988, bem como em relação à necessidade de prova da condição deficitária do FESA/FCVS. (STJ, EDcl no REsp 1091363/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 09/11/2011, DJe 28/11/2011, TRF3, AI 00158071620154030000, AI - Agravo De Instrumento - 562115, Relator Desembargador Federal Wilson Zauhy, Primeira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/08/2017). No caso em tela não se cogita, em absoluto, da ilegitimidade passiva da CEF, uma vez que é parte no contrato de mútuo, além de preposta do contrato de seguro.

A CEF não tem responsabilidade sobre vícios de construção quando atua estritamente como agente financeiro. Como exemplo, é possível citar a hipótese em que esta não teve qualquer participação na construção, destinando-se o financiamento concedido à aquisição de imóvel pronto com regramento corriqueiro de mercado. Considera-se que a realização de

perícia nestas condições justifica-se pelo fato de que o próprio imóvel financiado é objeto de garantia do financiamento. Nestas condições, a CEF poderia, inclusive, recusar o financiamento se entender que a garantia em questão representa um risco desproporcional a seu patrimônio, independentemente da conduta ou credibilidade do mutuário.

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. SFH. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA MUTUANTE AFASTADA. ATUAÇÃO ESTRITA COMO AGENTE FINANCEIRO. RECURSO PROVIDO. VÍCIO REDIBITÓRIO. PERDAS E DANOS. RESPONSABILIDADE DO ALIENANTE. HONORÁRIOS RECURSAIS: NÃO CABIMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO.
> 1. Os autores ajuizaram a presente demanda com o escopo de obter a declaração de rescisão do contrato de mútuo habitacional entabulado com a CEF, em decorrência do desmoronamento parcial do imóvel e da consequente interdição total, pelo Departamento de Planejamento, Habitação e Urbanismo do Município de Jandira/SP, do bloco onde se situa o apartamento adquirido.
> 2. De acordo com o contrato, a CEF não financiou, no caso, nenhum empreendimento em construção, com prazo de entrega. Ao contrário, trata-se de contrato de mútuo habitacional com recursos do FGTS dos compradores, pelo qual os mutuários obtiveram recursos para financiar a compra de imóvel de terceiro particular - a falida Roma Incorporadora e Administradora de Bens Ltda.
> 3. *Uma vez que do contrato se vê claramente que a CEF não financia, no caso, um imóvel em construção, mas tão somente libera recursos financeiros para que o comprador adquira de terceiros imóvel já erigido, não há falar em responsabilidade da CEF pelos vícios apresentados pelo imóvel financiado, já que não participou do empreendimento.*
> 4. *Nessas hipóteses, em que atua estritamente como agente financeiro, a perícia designada pela CEF não tem por objetivo atestar a solidez ou a regularidade da obra, mas sim resguardar o interesse da instituição financeira, uma vez que o imóvel financiado lhe será dado em garantia. Precedentes.*
> 5. O vício redibitório deveria ter sido oposto à massa falida da incorporadora, em ação própria, sendo esta, na qualidade de alientante, a responsável pela restituição do valor pago pelos adquirentes e por eventual indenização a título de perdas e danos, na forma dos artigos 443 e 444 do Código Civil.
> 6. Considerando que o recurso foi interposto sob a égide do CPC/1973 e, nos termos do Enunciado Administrativo nº 7, elaborado pelo Superior Tribunal de Justiça para orientar a comunidade jurídica acerca da questão do direito intertemporal, tratando-se de recurso interposto contra decisão publicada anteriormente a 18/03/2016, não é possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do artigo 85, § 11, do CPC/2015.
> 7. Apelação dos autores não provida. Apelação da CEF provida.
> (TRF3, AC 00041320720064036100, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1666738, PRIMEIRA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/10/2016)

O mesmo entendimento anteriormente exposto, afastando a existência de responsabilidade, é adotado por parte da jurisprudência pátria mesmo quando a CEF financia a própria construção do imóvel, desde que sua atuação esteja restrita àquela típica de um agente financeiro. O entendimento é o oposto, por consequência, nas hipóteses em que sua atuação é a de um verdadeiro braço estatal e agente executor de políticas públicas habitacionais, provendo moradia popular.

Há que se considerar, no entanto, que diversos julgados, diante de peculiaridades fáticas ou contratuais nos casos concretos, vislumbram uma atuação mais ampla da CEF para além daquelas consideradas típicas e restritas aos agentes financeiros, mesmo quando o financia-

mento do empreendimento não está relacionado à efetivação de programas habitacionais. Neste contexto, não é possível afastar, de plano, a existência de responsabilidade por danos oriundos de vícios de construção que atingem a esfera jurídica de seus consumidores.

Tal solução é adotada nas controvérsias em que se reconhece a existência de desequilíbrio contratual e uma posição demasiadamente fragilizada do consumidor final frente aos fornecedores, quando estes atuam não apenas em cadeia de produção, mas de forma estreitamente conectada, constituindo uma relação de consumo triangular que dificilmente seria viabilizada de forma distinta. Neste contexto, um mesmo agente financeiro, em parceria com a construtora, oferta crédito destinado à aquisição de imóvel na planta, realizando publicidade vinculada ao empreendimento e emprestando sua credibilidade ao mesmo.

A ilustrar o exposto, cito julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSOS ESPECIAIS. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SFH. VÍCIOS NA CONSTRUÇÃO. SEGURADORA. AGENTE FINANCEIRO. LEGITIMIDADE.
> 1. (...)
> 3. *Caso em que se alega, na inicial, que o projeto de engenharia foi concebido e aprovado pelo setor competente da CEF*, prevendo o contrato, em favor da referida empresa pública, taxa de remuneração de 1% sobre os valores liberados ao agente promotor e também 2% de taxa de administração, além dos encargos financeiros do mútuo. *Consta, ainda, do contrato a obrigação de que fosse colocada "placa indicativa, em local visível, durante as obras, de que a construção está sendo executada com financiamento da CEF"*. Causa de pedir deduzida na inicial que justifica a presença da referida empresa pública no polo passivo da relação processual. *Responsabilidade da CEF e dos demais réus que deve ser aferida quando do exame do mérito da causa.*
> 4. Recursos especiais parcialmente providos para reintegrar a CEF ao polo passivo da relação processual. Prejudicado o exame das demais questões.
> (STJ, RESP 200902048149, RESP - RECURSO ESPECIAL - 1163228, Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJE DATA:31/10/2012)

> DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CONSTRUÇÃO DE CASAS POPULARES EM CONJUNTO HABITACIONAL. RECURSOS DO FGTS. SUPERFATURAMENTO DA OBRA. RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.
> 1.- Preliminar de ausência de prestação jurisdicional afastada, pois o julgamento recorrido foi proferido de forma fundamentada e sem contradições.
> 2.- Ação Civil Pública decorrente de construção defeituosa de conjunto habitacional superfaturado, devido a que houve condenação da construtora, da cooperativa habitacional e da Caixa Econômica Federal a indenizar os adquirentes, mediante a realização de reparos nas unidades redução do valor de prestações de mutuários e reposição de valores ao FGTS. Procedência.
> 3.- A responsabilidade da Caixa, inclusive quanto à reposição de valores ao FGTS não exclui a responsabilidade solidária da construtora e da cooperativa habitacional à mesma reposição, que se determina
> 4.- No caso dos autos, deve-se aplicar o direito à espécie (artigo 257 RISTJ e Súmula 456/STF) para condenar as rés à devolução dos valores do FGTS recebidos a maior, como forma de evitar o enriquecimento indevido.
> 5.- Recurso Especial do Ministério Público Federal provido.
> *Há responsabilidade de cooperativa habitacional e da construtora, juntamente com a CEF, pelo ressarcimento de recursos ao FGTS na hipótese de superfaturamento e vícios na construção de casas populares, consistentes na utilização de materiais de qualidade inferior, na sobrevalorização dos insumos da construção e dos custos da mão-de-obra. Isso porque,*

considerando a dinâmica dos contratos firmados, é de se concluir que a omissão da CEF em fiscalizar as obras e os recursos nelas empregados não pode ser considerada causa única direta e imediata do dano causado ao FGTS, podendo ser tomada apenas como concausa para o resultado danoso. Não se pode imputar apenas ao agente fiscalizador a responsabilidade pelo desfalque dos recursos do FGTS, sendo inegável a existência de nexo de causalidade entre a atuação da construtora e da cooperativa habitacional e o dano ao patrimônio público. (STJ, RESP 201101190132, RESP - RECURSO ESPECIAL - 1255452, Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJE DATA:29/08/2013)

Neste diapasão devem ser consideradas as cláusulas quinta, sétima, oitava e vigésima quarta do contrato que serve de parâmetro para fundamentar a ação (fls. 82/85):

CLÁUSULA QUINTA - EXIGÊNCIAS RELATIVAS À EXECUÇÃO DE OBRAS E REGISTRO PARA LEVANTAMENTO DA OPERAÇÃO:
Além do disposto na CLÁUSULA TERCEIRA, o levantamento das parcelas do financiamento para a construção do empreendimento, se subordina às seguintes condições:
(...)
h) *colocação no local da obra, em lugar visível, de placa indicativa de que a construção está sendo executada com recursos do FGTS, conforme modelo fornecido*;
(...)
CLÁUSULA SÉTIMA: DECLARAÇÕES E ATRIBUIÇÕES
A) DECLARAÇÃO DOS DEVEDORES - Declaram, os DEVEDORES, qualificados na letra "A" deste contrato que:
(...)
c) em razão da *comunhão de interesses no empreendimento e da solidariedade integral de todos os COMPRADORES/DEVEDORES/HIPOTECANTES na totalidade da dívida contraída por todos eles, durante a fase de construção*, o crédito das parcelas do financiamento concedido a cada um deles será feito em conta a ser aberta em nome da ENTIDADE ORGANIZDORA/AGENTE PROMOTOR vinculada ao empreendimento ou em nome do EMPREENDIMENTO.
d) *durante a fase de construção*, o conjunto de residências e os seus respectivos terrenos responderão pelo débito resultante dos financiamentos feitos a cada um dos COMPRADORES/DEVEDORES/HIPOTECANTES e dos demais integrantes do grupo associativo vinculado ao empreendimento, *de forma que o todo responderá pelas partes e estas pelo todo, indistinta e solidariamente.*
e) até que seja concluída a construção de todo o conjunto de residências e devidamente averbada à margem do respectivo registro, *os DEVEDORES responderão solidariamente pela totalidade do financiamento concedido*;
CLÁUSULA OITAVA: DAS ATRIBUIÇÕES DA ENTIDADE ORGANIZADORA/AGENTE PROMOTOR: São suas atribuições, entre outras pertinentes para tal, as seguintes:
(...)
l) *Apresentar, à CAIXA e aos DEVEDORES, trimestralmente, relatório de fiscalização da obra e demonstrativo da evolução física do empreendimento, conforme estabelecido nos projetos técnicos, especificações e cronograma físico-financeiro global aprovado*;

CLÁSULA VIGÉSIMA-QUARTA - CONSERVAÇÃO E OBRAS - *Ficam os DEVEDORES obrigados a manter o imóvel hipotecado em perfeito estrado de conservação, segurança e habitabilidade, fazendo os reparos necessários, bem como as obras que forem solicitadas pela CAIXA para preservação da garantia, vedada, entretanto, a realização de obras de demolição, alteração ou acréscimo, sem prévio e expresso consentimento da CAIXA. Para constatação do exato cumprimento desta cláusula, fica assegurada à CAIXA a faculdade de, em qualquer tempo, vistoriar o imóvel hipotecado.*

Como se pode observar, alguns elementos do contrato merecem ser destacados:

a) a previsão para a realização de publicidade do agente financeiro no local de realização da obra enquanto gestor do FGTS;

b) a expressa previsão de responsabilidade integral e solidária entre os "compradores/devedores/hipotecantes" na fase de construção;

c) a obrigação atribuída aos devedores de manter o imóvel hipotecado em perfeito estado de conservação, segurança e habitabilidade, fazendo os reparos necessários no mesmo;

d) a obrigação atribuída aos devedores de realizar as obras que forem solicitadas pela Caixa para preservação da garantia;

e) a obrigação atribuída aos devedores de requerer e obter prévio e expresso consentimento da Caixa para a realização de quaisquer obras de demolição, alteração ou acréscimo no imóvel;

f) a faculdade atribuída à Caixa de, em qualquer tempo, vistoriar o imóvel hipotecado;

g) a obrigação atribuída aos construtores de apresentar à Caixa e aos devedores, trimestralmente, relatório de fiscalização da obra e demonstrativo da evolução física do empreendimento, conforme estabelecido nos projetos técnicos, especificações e cronograma físico-financeiro global aprovado;

As cláusulas apontadas, ao estabelecerem a solidariedade entre os devedores na fase de construção, tornam inequívoca a existência de direitos individuais homogêneos. Ao mesmo tempo evidenciam que a realização do empreendimento só foi possível mediante a parceria entre o agente financeiro e a construtora, sendo questionável se a atuação da CEF como gestora do FGTS pode ser comparada à atuação de outros agentes financeiros no mercado imobiliário.

Em relação aos danos que atingiram o imóvel, a perícia técnica (fls. 1477/1620) assim assentou:

> Em suma, as patologias encontradas nesta edificação são vícios de construção, ocasionados por movimentações higroscópicas diferenciadas; massa de revestimento externo com ausência de aditivo impermeabilizante e sem a devida impermeabilização na alvenaria de embasamento; calçadas externas sem caimento para escoamento superficial das águas de chuva; instalações elétricas com defeitos e sem a devida proteção com barramento de cobre; esquadrias com corrosão, dificuldade de deslizamento e fechamento com canaletas de drenagem com caimento inadequado; todas as coberturas apresentaram problemas nas telhas de acabamento dos beirais, proporcionando insegurança aos usuários.

Diante deste quadro probatório, o juízo *a quo* assim fundamentou a sentença (fls. 1682/1696) ora apelada:

> No caso dos autos, efetivamente os contratos previam a colocação de placa indicativa e visível de que a construção estava sendo realizada com recursos do FGTS (cláusula quinta, item h - fls. 83, por exemplo), bem como o pagamento de taxa de fiscalização e acompanhamento da obra (cláusula sexta).
> Ademais, se depreende dos autos, sem sombra de dúvidas, que os mutuários adquiriam os imóveis com intermediação direta da Caixa Econômica Federal. Vale dizer, o nome da CEF foi utilizado como atrativo para a concretização do negócio para atrair os futuros mutuários (ver depoimento das testemunhas). Ora, se ela se beneficiou, no momento de atrair os compradores/mutuários, deve responder perante eles pelo produto que colocou no mercado.

A CEF, enquanto pessoa jurídica pública nacional que presta serviços de natureza bancária, financeira e de crédito mediante remuneração no mercado de consumo, enquadra-se no conceito de fornecedora do artigo 3º, *caput* e § 2º do CDC. Anoto ser firme a jurisprudência dos egrégios Supremo Tribunal Federal (ADI 2591) e do Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 297) pela aplicabilidade dos princípios do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de mútuo bancário.

A existência de responsabilidade solidária entre os devedores, sem a correspondente solidariedade entre os fornecedores, que decorre de normas legais com força de ordem pública, representaria verdadeiro desequilíbrio econômico financeiro entre as partes ou mesmo exigência de vantagem manifestamente excessiva sobre os primeiros.

No mesmo sentido deve ser considerada a cláusula que exige a obrigação dos mutuários de zelar pela integridade do imóvel, inclusive com a realização de obras, condicionada à anuência da CEF, que pode a qualquer tempo vistoriar o imóvel.

Nestas condições, seria descabido afastar qualquer responsabilidade da CEF por danos oriundos de vícios cometidos pela construtora na edificação do empreendimento, já que a CEF tem nítido interesse na preservação da garantia, além da prerrogativa de vistoriar a obra ou o imóvel já construído a qualquer momento enquanto vigente o contrato.

É de se destacar que a CEF, enquanto fornecedora que tem engenheiros em seu quadro de funcionários, não apenas pode verificar a qualidade do serviço prestado pela construtora ao realizar as vistorias, mas tem melhores condições técnicas para avaliar os relatórios apresentados pela mesma, além de reunir melhores condições jurídicas e econômicas para avaliar o projeto apresentado e sua correta execução, já que realiza medições periódicas que podem condicionar a liberação progressiva dos valores financiados.

Por todas essas razões, não se afiguraria razoável que os riscos do empreendimento e os prejuízos pelos danos apontados, oriundos de vícios de construção, fossem suportados exclusivamente pelos consumidores, notadamente quando, ademais, não deram causa, por qualquer ação ou omissão, à deterioração do imóvel.

O pleito dos autores encontra guarida no artigo 6º, V, VI, artigo 7º, parágrafo único, artigo 20, artigo 23, artigo 25, § 1º, artigo 39, V, artigo 47, artigo 51, I, IV, § 1º, II, III do CDC, não havendo razões para a incidência, no caso em tela, da Súmula 381 do STJ.

Quanto ao valor da indenização, o juízo *a quo* baseou-se nas provas e estimativas realizadas por perito de sua confiança, e sua fixação não ofende os termos da legislação consumerista, não se cogitando da necessidade de individualização dos danos para cada um dos imóveis, já que a amostragem da perícia revelou que atingem todo o empreendimento. Por estas razões, a sentença apelada merece ser confirmada.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, na forma da fundamentação acima.

É o voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0005307-29.2013.4.03.6120
(2013.61.20.005307-0)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: CARLOS PARRA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Classe do Processo: Ap 2000874
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/10/2018

EMENTA

EXECUÇÃO. VERBA HONORÁRIA. BASE DE CÁLCULO. EFETIVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS JURÍDICOS.
- No caso concreto, a autarquia previdenciária sustenta ser indevida a verba honorária, ante a comprovação do exercício de atividade laborativa pelo exequente durante todo o período executório.
- Contudo, não merece prosperar a alegação de inexistência de base de cálculo para o pagamento da verba honorária, pois houve efetiva prestação de serviços jurídicos comprovada pelo provimento ao pedido do segurado na concessão da aposentadoria por invalidez, cujo montante das prestações devidas entre o termo inicial do benefício e a data da sentença compõe a referida base de cálculo.
- Ressalte-se que a determinação de não cumulação das parcelas do benefício com o pagamento de salário não desfaz a existência das prestações, que mesmo não pagas, continuam a existir e fazer parte da base para compor a base para cálculo dos honorários advocatícios sucumbenciais.
- Desta forma, é de se reconhecer que houve efetiva prestação de serviços jurídicos a favor do segurado e, por isso mesmo é de rigor o pagamento dos honorários sucumbenciais ao advogado da demanda.
- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 16 de outubro de 2018.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relator

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Trata-se de recurso de apelação interposto pela autarquia previdenciária, ora embargante, contra a sentença que julgou improcedentes os embargos à execução, determinando

o prosseguimento da execução pelo valor apresentado pelo embargado, deixando de fixar os honorários advocatícios, por se tratar de mero acertamento de cálculos.

Em seu recurso, a autarquia previdenciária sustenta ser indevida a execução da verba honorária porque inexiste base de cálculo para sua apuração.

Com as contrarrazões, subiram os autos a este egrégio Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

A liquidação deverá sempre se ater aos termos e limites estabelecidos na r. sentença e no v. acórdão. Mesmo que as partes tivessem assentido com a liquidação, não estaria o Juiz obrigado a acolhê-la nos termos em que apresentada se em desacordo com a coisa julgada, com o que se impede "*que a execução ultrapasse os limites da pretensão a executar*" (RTFR 162/37). Veja-se também: RT 160/138; STJ-RF 315/132.

O título executivo judicial condena a autarquia previdenciária a conceder o benefício de aposentadoria por invalidez, desde a cessação do benefício de auxílio-doença, devidamente atualizado e acrescido de juros de mora e verba honorária de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, considerando-se a soma das prestações vencidas entre o termo inicial do benefício até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ (fls. 46/47).

A controvérsia dos presentes embargos cinge-se à apuração da verba honorária.

No caso concreto, a autarquia previdenciária sustenta ser indevida a verba honorária, ante a comprovação do exercício de atividade laborativa pelo exequente durante todo o período executório.

Contudo, não merece prosperar a alegação do INSS de inexistência de base de cálculo para o pagamento da verba honorária, pois houve efetiva prestação de serviços jurídicos comprovada pelo provimento ao pedido do segurado na concessão da aposentadoria por invalidez, cujo montante das prestações devidas entre o termo inicial do benefício e a data da sentença compõe a referida base de cálculo.

Ressalte-se que mesmo sem capacidade laboral, o segurado se vê forçado a manter-se trabalhando e, por isso, a determinação de não cumulação das parcelas do benefício com o pagamento de salário não desfaz a existência das prestações, que mesmo não pagas, continuam a existir e fazer parte da base para compor a base para cálculo dos honorários advocatícios sucumbenciais.

Desta forma, é de se reconhecer que houve efetiva prestação de serviços jurídicos a favor do segurado e, por isso mesmo é de rigor o pagamento dos honorários sucumbenciais ao advogado da demanda.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO*, na forma da fundamentação.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0004573-37.2015.4.03.0000
(2015.03.00.004573-2)

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Agravado: CIRO AFONSO DE ALCANTARA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE TUPÃ - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO LEONEL FERREIRA
Classe do Processo: AI 552269
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/10/2018

EMENTA

AGRAVO. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA ACAUTELATÓRIA DE INDISPONIBILDADE DE BENS E QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. EXTENSÃO AO CÔNJUGE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PROVEITO AUFERIDO. AGRAVO IMPROVIDO.
1. Agravo interposto para estender ao cônjuge de réu em ação de improbidade administrativa medidas acautelatórias de indisponibilidade de bens e quebra de sigilo bancário.
2. Mesmo com as ponderações do agravante acerca da instrumentalidade das medidas restritivas de cunho acautelatório requeridas e apenas parcialmente acolhidas, a situação de consórcio matrimonial, ainda que com todas as consequências patrimoniais da comunhão estabelecida, não leva necessariamente à conclusão de que o cônjuge tenha-se beneficiado por enriquecimento ilícito decorrente do ato de improbidade sob persecução.
3. As dívidas da sociedade conjugal afetarão o cônjuge não-partícipe da adminstração patrimonial somente com a demonstração do proveito que houver auferido, como estatuído pelo Código Civil (artigo 1663, § 1º). Nesse concerto, salvo demonstração ao menos suficientemente indiciária de tal proveito, não se cogita da imposição de medidas restritivas em nome da esposa daquele que se reputa autor de ato ímprobo.
4. Entendimento análogo sumulado pelo STJ: Súmula 251 do Superior Tribunal de Justiça: "A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal".
5. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de outubro de 2018.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator):

Cuida-se de agravo interposto contra decisão proferida nos autos da ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa promovida pelo Ministério Público Federal em face de CIRO AFONSO DE ALCÂNTARA, lavrada nos seguintes termos:

> Vistos etc.
> Trata-se de Ação Civil Pública, com pedido liminar de indisponibilidade de bens, proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF) em face de CIRO AFONSO DE ALCÂNTARA.
> Segundo a narrativa, CIRO AFONSO DE ALCÂNTARA, ex-servidor público da Receita Federal do Brasil, no período compreendido entre 3 de outubro de 2005 a 1º de setembro de 2006, utilizando-se do cargo de Chefe da Agência da Receita Federal do Brasil do Município de Osvaldo Cruz/SP, bem assim de conhecimento sobre os sistemas informatizados da instituição, concretizou esquema criminoso que propiciou restituições indevidas de imposto de renda, para si e para outrem, cometendo atos de improbidade administrativa, encontrando-se os elementos de convicção demonstrados no bojo de Processo Administrativo Disciplinar conduzido pela Receita Federal do Brasil, que restou complementado por instrução processual levada a efeito nos autos da ação penal n. 0001381-44.2007.403.6122, a qual também instruiu o inquérito civil público carreado neste feito.
> [...]
> Destarte, nos termos do art. 16 da Lei 8.429/92, DEFIRO EM PARTE O PEDIDO determinando o que segue:
> a) indisponibilidade dos bens imóveis em nome do réu, por meio de expedição de mandado ao Cartório de Registro de Osvaldo Cruz/SP;
> b) bloqueio, por meio de ofício ao Detran/SP, de veículos automotores registrados em nome do réu;
> c) bloqueio via sistema BACEN-JUD de todos os saldos de contas bancárias mantidos em instituições oficiais em nome do réu;
> d) bloqueio, por meio de ofício à Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia - CBLC, de todos os ativos oriundos de operações no mercado de ações, debêntures, cotas de fundos imobiliários e de direito creditórios e outros títulos de renda fixa privada de titularidade do réu.
> Requisite-se à Receita Federal do Brasil que encaminhe a este juízo, em mídia digital, as declarações de imposto de renda pessoa física, em nome do réu, desde o calendário 2002 (exercício 2003) até a presente data. Se indeferida a medida, estar-se-á restringido o campo de investigação. O Judiciário há de preservar os direitos individuais, inclusive o de privacidade, mas não àqueles que deles façam uso para se tornarem intangíveis à persecução do Estado, motivo pelo qual também decreto o afastamento do sigilo bancário do réu, desde o ano de 2002 até a presente data, a ser efetivada por meio do sistema eletrônico SIMBA/MPF, conforme parâmetros de operacionalização a serem apresentados.
> Registro não permitir o sistema BACEN-JUD limites de valores para fins de bloqueio nem ressalva quanto à natureza da conta, razão pela qual eventual ajuste deverá ser implementado após o cumprimento da ordem. Expeça-se o necessário.
> Após, com fulcro no artigo 17, 7º, da Lei 8.429/92, notifique-se o réu para que, no prazo de quinze dias, ofereça manifestação escrita, que poderá ser instruída com documentos e justificações.
> Em seguida, voltem-me os autos conclusos para decisão quanto ao recebimento ou não da inicial.
> Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.
> Intimem-se. Notifiquem-se. Cumpra-se.

O Ministério Público Federal combate a não abrangência da esposa do agravado, ADRIANA GRIGOLLI FERNANDES DE ALCÂNTARA, no comando restritivo insculpido na decisão sumária. O *Parquet* entende que a medida acautelatória visa o resultado útil do processo, devendo sua eficácia estender-se mesmo a quem não figure na relação processual subjacente. Assevera o MPF que a indisponibilidade de bens é medida de caráter provisório e instrumental, inexistindo maiores danos à esposa do demandado. Ademais, ainda consoante o MPF, o artigo 7º da Lei de regência prevê a responsabilidade patrimonial inclusive do terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público. Ainda por outra, a constância da sociedade conjugal garante que 50% do patrimônio do casal fique sob titularidade de cada um dos cônjuges, de modo que só com o acautelamento do todo poder-se-á eventualmente cotizar-se o *quantum* necessário para a indenização dos recursos públicos. Pelos mesmos fundamentos, o agravante destaca ser necessária a quebra do sigilo bancário também da esposa do agravado.

Não houve concessão de efeito suspensivo. Ficou alinhavado que não há "... indícios de que o ato apontado como ímprobo tenha efetivamente trazido algum proceito ao casal, circunstância que autorizaria a extensão, em caráter cautelar, da ordem de indisponibilidade aos bens do cônjuge, nos termos do que dispõem os arts. 186, 927 e 1.663, § 1º, todos do Código Civil" (fl. 345).

O Ministério Público Federal atuante perante esta C. Corte Federal destacou que, ao ensejo da interposição do presente agravo, foi requerida a inclusão da esposa do agravado no pólo passivo da ação principal. De efeito, adveio decisão do Juízo monocrático no sentido de que a emenda da inicial para a requerida alteração do pólo passivo somente será decidida após o desfecho do agravo. Veja-se:

> Trata-se de informação de interposição de agravo de instrumento e pedido de reconsideração da decisão de fl. 37/41, formulada pelo Ministério Público Federal, no que se refere a não decretação de indisponibilidades de bens em nome de Adriana Grigolli Fernandes de Alcântara, esposa do réu. Alega que o fato da cônjuge não ter sido incluída na lide, não é óbice ao deferimento de medidas assecuratórias em relação aos bens possivelmente existentes em seu nome. Ao final, requereu emenda a inicial para incluir na lide Adriana Grigolli Fernandes de Alcântara, pelas razões lançadas no corpo do recurso interposto.
> É a síntese do necessário.
> Mantenho a decisão de indeferimento de bloqueio de bens em nome de Adriana pelos seus próprios fundamentos. Quanto ao pedido de emenda a inicial para incluir na lide Adriana Grigolli Fernandes de Alcântara entendo que sua análise deva aguardar o desfecho do agravo interposto, até porque, ao que parece, o autor não o teria sido formulado se não fosse a decisão anterior que negou que as medidas assecuratórias atingissem também os bens em nome exclusivo da esposa do réu. Assim, aguarde-se o julgamento do recurso. Paralelamente, remetam-se os autos ao SEDI para regularização do polo ativo devendo a UNIÃO ser incluída. Na sequência, intime-a dos atos decisórios já proferidos.

O Ministério Público Federal entende que o Juízo de origem deixou de apreciar o pedido de emenda da inicial tão somente com base em mera presunção acerca da motivação desse pleito. Bem por isso, pede que o poder geral de cautela se exerça pela Corte Federal, estendendo-se a restrição patrimonial como objetivado no agravo.

Invoca precedente do E. Superior Tribunal de Justiça acerca de medidas acautelatórias determinadas até mesmo por juiz incompetente a fim de preservar a utilidade do processo principal (fl. 362 - REsp 1.288.267/ES).

No mais, reanalisa aspectos do alegado *fumus* e *periculum in mora* para pedir o provimento do agravo.

Este o relatório.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator):

Trata-se de Agravo interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão proferida nos autos da ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa promovida pelo Ministério Público Federal em face de CIRO AFONSO DE ALCÂNTARA.

É da decisão recorrida:

> Vistos etc.
> Trata-se de Ação Civil Pública, com pedido liminar de indisponibilidade de bens, proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF) em face de CIRO AFONSO DE ALCÂNTARA.
> Segundo a narrativa, CIRO AFONSO DE ALCÂNTARA, ex-servidor público da Receita Federal do Brasil, no período compreendido entre 3 de outubro de 2005 a 1º de setembro de 2006, utilizando-se do cargo de Chefe da Agência da Receita Federal do Brasil do Município de Osvaldo Cruz/SP, bem assim de conhecimento sobre os sistemas informatizados da instituição, concretizou esquema criminoso que propiciou restituições indevidas de imposto de renda, para si e para outrem, cometendo atos de improbidade administrativa, encontrando-se os elementos de convicção demonstrados no bojo de Processo Administrativo Disciplinar conduzido pela Receita Federal do Brasil, que restou complementado por instrução processual levada a efeito nos autos da ação penal n. 0001381-44.2007.403.6122, a qual também instruiu o inquérito civil público carreado neste feito.
> [...]
> Destarte, nos termos do art. 16 da Lei 8.429/92, DEFIRO EM PARTE O PEDIDO determinando o que segue:
> a) indisponibilidade dos bens imóveis em nome do réu, por meio de expedição de mandado ao Cartório de Registro de Osvaldo Cruz/SP;
> b) bloqueio, por meio de ofício ao Detran/SP, de veículos automotores registrados em nome do réu;
> c) bloqueio via sistema BACEN-JUD de todos os saldos de contas bancárias mantidos em instituições oficiais em nome do réu;
> d) bloqueio, por meio de ofício à Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia - CBLC, de todos os ativos oriundos de operações no mercado de ações, debêntures, cotas de fundos imobiliários e de direito creditórios e outros títulos de renda fixa privada de titularidade do réu.
> Requisite-se à Receita Federal do Brasil que encaminhe a este juízo, em mídia digital, as declarações de imposto de renda pessoa física, em nome do réu, desde o calendário 2002 (exercício 2003) até a presente data. Se indeferida a medida, estar-se-á restringido o campo de investigação. O Judiciário há de preservar os direitos individuais, inclusive o de privacidade, mas não àqueles que deles façam uso para se tornarem intangíveis à persecução do Estado, motivo pelo qual também decreto o afastamento do sigilo bancário do réu, desde o ano de 2002 até a presente data, a ser efetivada por meio do sistema eletrônico SIMBA/MPF, conforme parâmetros de operacionalização a serem apresentados.
> Registro não permitir o sistema BACEN-JUD limites de valores para fins de bloqueio nem ressalva quanto à natureza da conta, razão pela qual eventual ajuste deverá ser implementado após o cumprimento da ordem. Expeça-se o necessário.
> Após, com fulcro no artigo 17, 7º, da Lei 8.429/92, notifique-se o réu para que, no prazo

> de quinze dias, ofereça manifestação escrita, que poderá ser instruída com documentos e justificações.
> Em seguida, voltem-me os autos conclusos para decisão quanto ao recebimento ou não da inicial.
> Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.
> Intimem-se. Notifiquem-se. Cumpra-se.

Portanto, a questão submetida a reexame com o recurso manejado cinge-se à extensão das medidas acautelatórias pedidas na via sumária nos autos principais para a esposa do agravado.

No entanto, como bem anotado pelo Ministério Público Federal em seu parecer perante esta C. Corte, houve expresso pedido do agravante para a inclusão de ADRIANA GRIGOLLI FERNANDES DE ALCÂNTARA no polo passivo da demanda de improbidade administrativa de que cuidam os autos principais.

Este pedido, que importa em emenda da inicial e se atém à pertinência subjetiva da lide, foi objeto de postergação pelo Juízo de origem, que entendeu cuidar-se de intento somente articulado por conta da denegação da eficácia plena do pedido acautelatório. Bem de se ver, assim decidiu o juízo de origem:

> Trata-se de informação de interposição de agravo de instrumento e pedido de reconsideração da decisão de fl. 37/41, formulada pelo Ministério Público Federal, no que se refere a não decretação de indisponibilidades de bens em nome de Adriana Grigolli Fernandes de Alcântara, esposa do réu. Alega que o fato da cônjuge não ter sido incluída na lide, não é óbice ao deferimento de medidas assecuratórias em relação aos bens possivelmente existentes em seu nome. Ao final, requereu emenda a inicial para incluir na lide Adriana Grigolli Fernandes de Alcântara, pelas razões lançadas no corpo do recurso interposto.
> É a síntese do necessário.
> Mantenho a decisão de indeferimento de bloqueio de bens em nome de Adriana pelos seus próprios fundamentos. *Quanto ao pedido de emenda a inicial para incluir na lide Adriana Grigolli Fernandes de Alcântara entendo que sua análise deva aguardar o desfecho do agravo interposto, até porque, ao que parece, o autor não o teria sido formulado se não fosse a decisão anterior que negou que as medidas assecuratórias atingissem também os bens em nome exclusivo da esposa do réu.* Assim, aguarde-se o julgamento do recurso. Paralelamente, remetam-se os autos ao SEDI para regularização do polo ativo devendo a UNIÃO ser incluída. Na sequência, intime-a dos atos decisórios já proferidos.

Eis que persiste impasse de natureza processual que, ao contrário do quanto asseverado pelo juízo monocrático, não deveria ser adiado em sua apreciação. Assim se afirma porque a fixação dos polos da relação processual compõe o exame das condições da ação, enraizada na legitimidade passiva *ad causam* que, por conveniência ou não do desfecho da pretensão liminar, foi deduzida e submetida ao Judiciário.

Se, por um lado, tem razão o Ministério Público Federal quando acena com o poder geral de cautela, sendo possível a tomada de providências judiciosas mesmo ante eventual incompetência, há de se ter em conta a necessária e absoluta excepcionalidade do caso para que assim se legitime a interferência de órgão judicante sem jurisdição por força das normas pertinentes ao estabelecimento da competência. *Eis que não se pode adentrar à seara da apreciação da pertinência subjetiva da lide subjacente antes que assim o faça o juízo que preside o processo principal.*

Mas, *ainda assim*, não se tem realmente supressão de instância com o exame da questão discutida no presente agravo.

Haja ou não extensão das medidas cautelares objetivadas com este recurso à pessoa de ADRIANA GRIGOLLI FERNANDES DE ALCÂNTARA, não importará em prejulgamento de sua *legitimatio ad causam*. Acaso estendidas as medidas restritivas, nem por isso estará ela, *ipso facto*, inserida na relação processual principal; *a contrariu senso*, a não extensão das medidas restritivas tampouco impedirá que, ao ensejo da devida apreciação do pedido de emenda da inicial seja ela admitida no polo passivo da ação principal.

Estritamente dentro do contexto da apreciação cabível, mesmo com as ponderações do agravante acerca da instrumentalidade das medidas restritivas de cunho acautelatório requeridas e apenas parcialmente acolhidas, *a situação de consórcio matrimonial, ainda que com todas as consequências patrimoniais da comunhão estabelecida, não leva necessariamente à conclusão de que o cônjuge tenha-se beneficiado por enriquecimento ilícito decorrente do ato de improbidade sob persecução*. Ora, acaso estivesse o agravante certo de que o locupletamento estensivo ao cônjuge seria de plano reconhecível, tê-lo-ia incluído na pretensão desde a propositura da ação. Exatamente como bem alinhavado pelo Ministério Público Federal sobre a comunhão do patrimônio do casal, *mas com efeito contrário*, temos que *as dívidas da sociedade conjugal afetarão o cônjuge não-partícipe da administração patrimonial somente com a demonstração do proveito que houver auferido, como estatuído pelo Código Civil* (artigo 1663, § 1º). Nesse concerto, *salvo demonstração ao menos suficientemente indiciária de tal proveito*, não se cogita da imposição de medidas restritivas em nome da esposa daquele que se reputa autor de ato ímprobo.

Em situação análoga, vale o destaque, o E. Superior Tribunal de Justiça sumulou o seguinte entendimento:

> *Súmula 251 do Superior Tribunal de Justiça*:
> A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal.

Merece transcrição, ainda, o seguinte aresto:

> TRIBUTÁRIO, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DÉBITO FISCAL DE EMPRESA.PENHORA DE BEM DO CASAL. REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXCLUSÃO DA MEAÇÃO DO CÔNJUGE. ART. 3º DA LEI Nº 4.121/62. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA.
> 1. Embargos de terceiro opostos com o desiderato de excluir meação do cônjuge de sócio de empresa executada por débito fiscal. Sentença mantida em segundo grau. 2. *A meação da mulher só deve responder pelos atos ilícitos levados a cabo pelo cônjuge quando houver prova de que se beneficiou com o produto oriundo da infração, devendo-se ressaltar que o ônus da prova é do credor.* (...)
> (REsp 641400/PB, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2004, DJ 01/02/2005, p. 436)

Nada há nos autos, até aqui e nos limites da cognição deste recurso, que permita concluir ter-se inovado o acervo probatório com efeito capaz de delinear o proveito do cônjuge do agravado. Por óbvio, tal circunstância poderá ser revista a qualquer tempo pelo juízo de origem, inclusive após apreciar o pleito de integração da lide pela esposa do agravado, como já bem ressalvado.

Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso de Agravo.

É o voto.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

AGRAVO EM AÇÃO RESCISÓRIA
0008973-94.2015.4.03.0000
(2015.03.00.008973-5)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
Agravada: R. DECISÃO FLS. 260/265
Interessado: MARINHO JOSÉ FURTUNATO
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA
Classe do Processo: AR 10410
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/10/2018

EMENTA

AGRAVO INTERNO. PREVIDENCIÁRIO.
1. A pretensão deduzida no agravo - que o réu seja condenado a restituir ao INSS os valores indevidamente recebidos em função da execução da decisão rescindenda - não comporta deferimento.
2. Essa C. Seção tem entendido que nos casos em que o direito à desaposentação é afastado apenas em sede de ação rescisória, não se pode condenar o segurado a restituir ao INSS os valores indevidamente recebidos em função da execução da decisão judicial que veio a ser rescindida.
3. Em casos como o dos autos, não há como se condenar o segurado a restituir os valores indevidamente recebidos, não só pelo fato de ele tê-los recebidos de boa-fé e de se tratar de verba de natureza alimentar, mas, sobretudo, por se tratar de valores recebidos em função de decisão transitada em julgado, amparada em precedente do C. STJ de observância obrigatória, o Resp nº 1.334.488-SC, em que a Corte Superior, em julgamento realizado sob o rito dos repetitivos, possibilitava a renúncia de benefício previdenciário por entender que se tratava de direito patrimonial disponível. Diante de tais peculiaridades, esta C. Seção tem entendido que não cabe a condenação do segurado a restituir o que indevidamente recebeu em decorrência da execução da decisão rescindida, não se divisando violação ao disposto nos artigos 5º, I e II, 37 §5º, 183, §3º, 195, §5º e 201, todos da CF/88; no artigo 115, II, da Lei 8.213/91; nos artigos 876, 884 e 885, do Código Civil, artigo 302, do CPC; e no artigo 5º, da Lei 8.429/92, os quais não se aplicam ao caso dos autos, em função de tais especificidades fáticas e em deferência ao princípio da segurança jurídica.
4. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, mantendo a decisão agravada tal como lançada, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 11 de outubro de 2018.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA (Relatora):

Trata-se de Agravo Interno interposto contra a decisão monocrática de fls. 260/265 proferida em sede de juízo de retratação do v. Acórdão (fls. 200/209 e 224/237), o qual julgara improcedente o pedido rescisório formulado pelo INSS, mantendo, assim, o *decisium* que, nos autos subjacentes, havia reconhecido o direito à desaposentação.

A decisão agravada em sede de juízo de retratação (inteligência do art. 1.040, inciso II, do CPC), julgou PROCEDENTE o pedido formulado na presente ação rescisória, a fim de desconstituir o v. acórdão rescindendo, com fulcro no art. 485, V, do CPC de 1973 (correspondente ao art. 966, inc. V, do CPC) e, em novo julgamento, julgar IMPROCEDENTE o pedido de desaposentação formulado na demanda subjacente.

O INSS interpôs o agravo interno de fls. 269/272, aduzindo, em síntese, que a decisão agravada deve ser reformada, de modo a condenar o réu à devolução dos valores recebidos pela execução de decisão judicial que lhe concedeu a desaposentação. Sustenta que tal pretensão encontra amparo no disposto no artigo 115, II, da Lei 8.213/91, artigos 5º, I e II, 37, §5º e 183, §3º e 201, da CF/88; e 5º, da Lei 8.429/92.

O réu manifestou-se sobre o agravo às fls. 276/283.

É o breve relatório.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA (Relatora):

A pretensão deduzida no agravo não comporta deferimento.

Essa C. Seção tem entendido que nos casos em que o direito à desaposentação é afastado apenas em sede de ação rescisória, não se pode condenar o segurado a restituir ao INSS os valores indevidamente recebidos em função da execução da decisão judicial que veio a ser rescindida:

> PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. DESAPOSENTAÇÃO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021 DO CPC/2015). NATUREZA ALIMENTAR E BOA-FÉ. RESTITUIÇÃO DE VALORES INCABÍVEL. PRECEDENTES DO STJ E STF. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. VERBAS DE SUCUMBÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO ART. 98, §3º, DO CPC.
> I - É assente na jurisprudência o entendimento no sentido de que o segurado que recebeu valores referentes a benefício previdenciário, cuja concessão de seu por força de decisão judicial com trânsito em julgado, desconstituída posteriormente por meio de ação rescisória, não fica obrigado a restituir o aludido numerário, desde que evidenciada a sua boa-fé. Precedentes do STJ e STF.
> II - Não se descura do princípio da vedação do enriquecimento sem causa, porquanto, ante o conflito de princípios (vedação do enriquecimento sem causa X irrepetibilidade dos alimentos), há que se dar prevalência à natureza alimentar das prestações, em consonância com um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana.
> III - No tocante aos honorários advocatícios, há que se observar a posição adotada pela maioria desta Seção Julgadora, que entende aplicável o disposto no art. 98, §3º, do CPC. Nesse passo, ante a sucumbência sofrida pelo ora réu e em se tratando de beneficiário da Assistência

Judiciária Gratuita, este deve arcar com honorários advocatícios no importe de R$ 1.000,00 (um mil reais), ficando sua exigibilidade suspensa, nos termos do art. 98, §§ 2º e 3º, do CPC.
IV - Agravo interno do INSS parcialmente provido (art. 1.021 do CPC/2015).
(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 10537 - 0013018-44.2015.4.03.0000, Rel. JUÍZA CONVOCADA SYLVIA DE CASTRO, julgado em 09/08/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/08/2018)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 966, V DO CPC. DESAPOSENTAÇÃO NO RGPS RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS NA EXECUÇÃO DO JULGADO. CONTRADIÇÃO AFASTADA. PROPÓSITO DE OBTER NOVO JULGAMENTO. REJEIÇÃO.
1 - Nos termos do artigo 1.022, incisos I e II, do Novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração quando houver no acórdão obscuridade ou contradição, ou for omitido ponto sobre o qual deveria se pronunciar o Tribunal, de ofício ou a requerimento.
2 - Hipótese em que o julgado embargado foi claro em fundamentar a exclusão da condenação do requerido à devolução dos valores recebidos na execução do julgado rescindendo ante a boa-fé nos recebimentos, decorrentes de decisão judicial transitada em julgado..
3 - As questões sobre as quais se alega nos declaratórios ter o julgado embargado incorrido em obscuridade/contradição ou omissão foram explicitamente abordadas pelo julgado embargado, denotando-se o nítido objetivo infringente que a parte embargante pretende emprestar ao presente recurso, ao postular o rejulgamento da causa e sua reforma, pretensão manifestamente incompatível com a natureza dos embargos de declaração.
3 - Embargos de declaração rejeitados.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 11490 - 0000570-68.2017.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES, julgado em 26/07/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/08/2018)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. PRELIMINAR. CABIMENTO. DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DAS VIAS RECURSAIS. PARTE AUTORA. DESAPOSENTAÇÃO. NÃO DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. AGRAVOS DESPROVIDOS.
1. O artigo 932, IV e V, do CPC/2015 dispõe sobre a possibilidade de prolação de decisão monocrática em questão controvertida que está consolidada em repercussão geral do e. STF, como ocorre no presente caso (RE 661.256/SC). Precedentes desta 3ª Seção quanto à aplicabilidade de tais disposições em sede de ação rescisória: AR 2015.03.00.004856-3, Rel. Des. Fed. Toru Yamamoto, D.E. 17/05/2018; AR 2016.03.00.021900-3, Rel. Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias, D.E. 23/03/2018; AR 2016.03.00.019326-9, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, D.E. 09/11/2017; AR 2015.03.00.027184-7, Rel. Des. Fed. David Dantas, D.E. 21/06/2017; AR 2014.03.00.023912-1, Rel. Des. Fed. Gilberto Jordan, D.E., 16/02/2017). E ainda prescreve o artigo 332, inciso III, do mesmo Diploma Legal que, nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, todos em consonância com os anteriores artigos 285-A e 557 do CPC/1973. Uma vez que o recurso de agravo será submetido ao órgão colegiado, não se pode falar em prevalência de entendimento pessoal da Relatora.
2. Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenha esgotado todos os recursos (Súmula 514 do STF).
3. Tendo em vista o entendimento predominante nesta Corte, mantém-se a determinação de não devolução dos valores pagos a título de decisão judicial rescindida porque tais valores foram recebidos de boa-fé, possuem natureza alimentar e, principalmente, porque fundada em decisão judicial transitada em julgada.
4. Decisão do e. STJ, emitida sob o rito dos repetitivos, possibilitava a renúncia de benefí-

> cio previdenciário por entender que se tratava de direito patrimonial disponível (Resp nº 1.334.488-SC). Tal posicionamento da Corte Superior criou legítima expectativa no segurado de que seu direito era devido, de modo que recebia, dotado de boa-fé objetiva, os valores advindos da desaposentação.
> 5. Agravos internos desprovidos.
> (TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 10806 - 0025413-68.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA, julgado em 26/07/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/08/2018)

Vale registrar que em casos como o dos autos, não há como se condenar o segurado a restituir os valores indevidamente recebidos, não só pelo fato de ele tê-los recebidos de boa-fé e de se tratar de verba de natureza alimentar, mas, sobretudo, por se tratar de valores recebidos em função de decisão transitada em julgado, amparada em precedente do C. STJ de observância obrigatória, o Resp nº 1.334.488-SC, em que a Corte Superior, em julgamento realizado sob o rito dos repetitivos, possibilitava a renúncia de benefício previdenciário por entender que se tratava de direito patrimonial disponível.

Noutras palavras, diante das peculiaridades desse contexto, a C. Seção tem entendido que não cabe a condenação do segurado a restituir o que indevidamente recebeu em decorrência da execução da decisão rescindida, não se divisando violação ao disposto nos artigos 5º, I e II, 37 §5º, 183, §3º, 195, §5º e 201, todos da CF/88; no artigo 115, II, da Lei 8.213/91; nos artigos 876, 884 e 885, do Código Civil, artigo 302, do CPC; e no artigo 5º, da Lei 8.429/92, os quais não se aplicam ao caso dos autos, em função de tais especificidades fáticas e em deferência ao princípio da segurança jurídica.

Friso, ainda, que a decisão agravada não contraria a norma jurídica extraída do RESP 1.401.560/MT, julgado sob a sistemática de recursos Repetitivos, eis que este feito versou sobre valores indevidamente recebidos em razão de decisão definitiva e de cognição exauriente (sentença transitada em julgado), ao passo que referido precedente obrigatório versa sobre situação fática distinta, qual seja, a necessidade de devolução dos valores recebidos indevidamente por força de tutela antecipada posteriormente revogada (decisão provisória e de cognição perfunctória).

Não se pode olvidar que, nos termos do artigo 475-O, do CPC/1973, e do artigo 302, do CPC/2015, o beneficiário de uma tutela de urgência responde objetivamente pelo prejuízo que a respectiva execução causar à parte contrária, especialmente quando aquela é revogada. Tanto o CPC/1973 quanto o CPC/2015 adotaram a teoria do risco-proveito no que se refere à *execução provisória* da tutela de urgência.

Isso, contudo, não é o que se verifica no caso de *execução definitiva* de decisão transitada em julgado. Nesse caso (execução definitiva) não existe previsão legal de responsabilidade objetiva do exequente, tampouco se aplica a teoria do risco-proveito, o que, juntamente com o princípio da segurança jurídica, justifica o indeferimento do pedido deduzido pelo INSS para que o réu fosse condenado a restituir os valores recebidos em função da execução da sentença transitada em julgada que veio a ser rescindida.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo interno, mantendo a decisão agravada tal como lançada.

É o voto.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0007745-50.2016.4.03.0000
(2016.03.00.007745-2)

Agravante: LUIZ INACIO DA SILVA
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE TANABI - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ANA PEZARINI
Classe do Processo: AI 580767
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/10/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. COMPLEMENTAÇÃO DE VALOR DO PRECATÓRIO. REABERTURA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. RECURSO PROVIDO.
É cediço que, após a sentença de extinção do processo de execução, é vedada nova discussão acerca do *quantum debeatur*, de modo a reabrir-se a fase executiva para apurar possíveis valores devidos e não pagos.
In casu não se cuida de requerimento do segurado para pagamento de diferenças, com reabertura do processo de execução, mas sim de pedido de levantamento de montante colocado à disposição do exequente a título de complementação dos valores pagos, em cumprimento à liminar concedida na ação cautelar nº 3.764/14 do STF.
Não há que se falar em impossibilidade de levantamento das quantias depositadas, ou ofensa à coisa julgada, por não se referir a pedido de continuidade da execução para apuração de possíveis valores devidos.
Agravo de Instrumento provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 10 de outubro de 2018.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em fase de execução de demanda previdenciária, indeferiu o pedido do exequente de expedição de alvará para levantamento de valores complementares, em razão da prolação de sentença que julgou extinta a execução.

Sustenta o agravante, em síntese, que a obrigação principal não foi devidamente satisfeita, razão pela qual não poderia ter sido extinto o feito. Aduz, ainda, que possui direito ao levantamento dos valores complementares depositados nos autos.

Foi deferida a antecipação da tutela pleiteada (fls. 65/66).

Manifestação da parte autora, requerendo a antecipação da tutela recursal (fls. 67/72).

Regularmente intimada, a parte agravada deixou transcorrer *in albis* o prazo para contraminutar.

É o relatório.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

De se ressaltar inicialmente, que nenhuma das partes trouxe aos autos qualquer argumento apto a infirmar o entendimento já manifestado quando da apreciação do pedido de antecipação de tutela.

Insurge-se a parte agravante contra decisão que indeferiu seu pedido de expedição de alvará para levantamento de complementação de valores, ao fundamento de que o processo de execução já se encontra extinto.

Conforme consulta realizada no sistema de acompanhamento processual do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, verifica-se que o processo de execução foi extinto por sentença em 25/11/2014, com fundamento no artigo 794, I, do Código de Processo Civil, diante do pagamento do débito judicial. A referida decisão transitou em julgado em 14/04/2015.

Em 7/10/2015 foi encaminhado ao Juízo de origem, pelo Setor de Precatórios desta Corte, extrato referente à complementação dos valores pagos ao agravante em 2014, por força da decisão liminar concedida pelo STF na ação cautelar n. 3.764/14 (fls. 34/35).

A parte autora manifestou-se, requerendo o levantamento dos valores depositados (fl. 38). Por seu turno, a Autarquia Previdenciária aduziu não ser possível o levantamento do referido numerário, tendo em vista a extinção da execução por sentença transitada em julgado (fls. 42/46). Por meio da decisão ora impugnada (fls. 60/61), o Juízo Singular indeferiu a expedição de alvará para levantamento da quantia em depósito.

É cediço que, após a sentença de extinção do processo de execução, é vedada nova discussão acerca do *quantum debeatur*, de modo a reabrir-se a fase executiva para apurar possíveis valores devidos e não pagos, conforme os seguintes precedentes:

> PROCESSO CIVIL - AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - DESARQUIVAMENTO DO FEITO - INCLUSÃO DE ÍNDICES EXPURGADOS NA CONTA DE LIQÜIDAÇÃO APÓS A EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO AO RECURSO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. 1. Segundo orientação jurisprudencial desta Corte Regional e do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, não requerida pelos agravantes a inclusão dos índices expurgados em momento oportuno, impossível fazê-lo após a extinção da execução pelo pagamento, face a ocorrência do instituto da preclusão. 2. Consoante entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça, em sede de agravo previsto no art. 557 parágrafo único do CPC, não deve o órgão colegiado modificar a decisão do relator quando bem fundamentada, e ausentes qualquer ilegalidade ou abuso de

poder. 3. À ausência de possibilidade de prejuízo irreparável ou de difícil reparação à parte, é de ser mantida a decisão agravada. 4. Agravo improvido. (TRF - TERCEIRA REGIÃO; AG - 199903000567753; QUINTA TURMA; Relatora DES. FED. RAMZA TARTUCE; DJU DATA:05/09/2000 PÁGINA: 505)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PENSÃO POR MORTE. DUPLICIDADE DE PAGAMENTO. ERRO MATERIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. I-A alegação de ocorrência de erro material formulada pelo INSS por ocasião da satisfação do débito ¾ em virtude da exeqüente, ora apelada, ter recebido o valor integral da pensão, calculado a partir do óbito de seu companheiro (27 de junho de 1996), quando o benefício deveria ter sido desdobrado, dada a existência de viúva do falecido segurado; e em razão da própria exeqüente já ser beneficiária de pensão por morte, instituída esta por seu falecido marido, sendo obrigatória a realização de opção pela mais vantajosa e o não recebimento de pagamento em duplicidade ¾ não procede, porquanto a concessão da pensão por morte à exeqüente decorre de sentença transitada em julgado, em cujo bojo a matéria ora controvertida não foi debatida, por culpa da própria autarquia, que não diligenciou no sentido de apurar a situação fática envolvendo todos os contornos da causa. II - Mesmo em sede de execução, o Instituto sequer opôs embargos do devedor, limitando-se, pelo contrário, a apresentar o cálculo do montante a final recebido pela exeqüente, até porque todo o procedimento de pagamento do montante da condenação foi aprovado pelo Grupo Especial de Trabalho constituído pela Portaria INSS/DC nº 06, de 30 de maio de 2000. III - De rigor concluir-se pela obrigatoriedade da autarquia arcar com os equívocos cometidos desde o processo de conhecimento, defeito de atuação que, de outro modo, seria suportado pela exeqüente, legítima beneficiária da prestação, pois derivada de título executivo judicial, e que não deu causa ao prejuízo que lhe quer imputar o INSS. IV - Descabe, em conseqüência, tratar, neste processo, da devolução dos valores que se alega indevidamente percebidos pela exeqüente, porque esgotadas todas as oportunidades de que dispunha o Instituto para veicular sua insurgência, do que decorre o acerto da sentença, que deu pela extinção da execução nos termos do art. 794, I, CPC. V- Apelação improvida. (TRF- TERCEIRA REGIÃO; Processo 98030300636; AC - APELAÇÃO CIVEL - 415922; NONA TURMA; V.U.; Relatora DES. FED. MARISA SANTOS; DJU:29/03/2007; PÁGINA: 613; G.N)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FGTS. CUMPRIMENTO DO JULGADO. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. DESARQUIVAMENTO DOS AUTOS PARA COMPLEMENTAÇÃO DE CÁLCULOS. PRECLUSÃO. I - Afigura-se, na espécie, preclusa a irresignação dos exeqüentes que após sentença extinguindo a execução, com fundamento no art. 794, I, do CPC, e outras decisões que reconhecem como cumprida a obrigação da executada, não interpuseram, oportunamente, recurso apropriado, visando demonstrar que o débito não estava satisfeito em sua integralidade. II - Agravo de instrumento desprovido. (TRF - PRIMEIRA REGIÃO; AG - 200401000519454; SEXTA TURMA; Relator DES. FED. SOUZA PRUDENTE; DJ: 11/4/2006 PAGINA: 123)

No entanto, no caso em tela, não se cuida de requerimento do exequente para pagamento de diferenças, com reabertura do processo de execução, mas sim de pedido de levantamento de montante colocado à disposição do exequente a título de complementação dos valores pagos em 2014, em cumprimento à liminar concedida na ação cautelar nº 3.764/14 do STF, em que se reconheceu ser devida a correção monetária dos precatórios incluídos na proposta de 2014 com base no IPCA-e, conforme previsão contida na LDO de 2014 (Lei nº 12.919/2013, art. 27), a teor da comunicação expedida pelo Setor de Precatórios desta Corte ao Juízo de origem (fl. 34).

Assim, não há que se falar em impossibilidade de levantamento das quantias depositadas, ou ofensa à coisa julgada, por não se referir a pedido de continuidade da execução para

apuração de possíveis valores devidos.

Ante o exposto, *dou provimento* ao agravo de instrumento para determinar que o Magistrado dê seguimento aos atos necessários à expedição de alvará de levantamento em favor do agravante.

É como voto.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0020320-95.2018.4.03.9999
(2018.03.99.020320-9)

Apelante: ROZENILDA DE FÁTIMA DOS SANTOS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE APIAI - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: Ap 2311215
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/10/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO DE SALÁRIO-MATERNIDADE. AUXÍLIO-DOENÇA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA.
I - O Supremo Tribunal Federal (STF), concluindo o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 631240, com repercussão geral reconhecida, no dia 03.09.2014, decidiu que os processos judiciais em trâmite que envolvam pedidos de concessão de benefício junto ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), nos quais não houve requerimento administrativo prévio, e quando a autarquia ainda não tenha sido citada, ficarão sobrestados, devendo ser intimado o requerente para dar entrada no pedido junto ao INSS, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de extinção do processo.
II - Foi dada oportunidade para a parte autora ingressar com requerimento administrativo, porém não foi cumprida tal diligência dentro do prazo, evidenciando-se assim, a ausência do interesse de agir.
III - Apelação da parte autora improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 09 de outubro de 2018.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil, por ter entendido o d. juiz *a quo* não estar configurado o interesse de agir, uma vez que ausente o prévio requerimento administrativo do benefício. Sem condenação em custas e honorários advocatícios.

Objetiva a parte autora a reforma da r. sentença requerendo a anulação da decisão, com prosseguimento do feito e concessão do benefício de salário-maternidade, alegando ter agendado o pedido administrativo junto à APS de Capão Bonito, em 26.10.2017.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Nos termos do art. 1011 do CPC/2015, recebo a apelação da parte.

A r. sentença recorrida extinguiu o processo, nos termos do artigo 485, VI do Código de Processo Civil, ao fundamento de que para o ajuizamento de ação previdenciária é necessário o prévio requerimento administrativo do benefício.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal (STF), concluindo o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 631240, com repercussão geral reconhecida, no dia 03.09.2014, decidiu que os processos judiciais em trâmite que envolvam pedidos de concessão de benefício junto ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), nos quais não houve requerimento administrativo prévio, e quando a autarquia ainda não tenha sido citada, ficarão sobrestados, devendo ser intimado o requerente para dar entrada no pedido junto ao INSS, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de extinção do processo.

No caso vertente, foi dada oportunidade para a autora ingressar com requerimento administrativo (19.04.2017 - fl. 24), porém não foi cumprida tal diligência (23.08.2017 - fl. 26), evidenciando-se assim, a ausência do interesse de agir.

Por fim, não há que ser considerada a comunicação da decisão do indeferimento administrativo (fl. 50), apresentado em 16.10.2017, uma vez que posterior ao prazo acima estipulado.

Diante do exposto, *nego provimento à apelação da parte autora.*

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

Direito Tributário

APELAÇÃO CÍVEL
0009964-03.2005.4.03.6182
(2005.61.82.009964-7)

Apelante: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRC/SP
Apelado: RENATO TADEU BARBOZA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE EXECUÇÃO FISCAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MÁRCIO CATAPANI
Classe do Processo: Ap 2232832
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/10/2018

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ANUIDADES DE CONSELHO PROFISSIONAL. CONTRIBUIÇÕES. NATUREZA TRIBUTÁRIA PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA.
1- O C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.717/DF decidiu pela inconstitucionalidade dos parágrafos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do artigo 58 da Lei nº 9.649/98.
2- Além disso, a Suprema Corte, em repercussão geral, no julgamento do RE 704292, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, decidiu: "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".
3- Nulidade da CDA quanto as anuidades de 1999 a 2001.
4- Ocorrência da prescrição quanto as multas referentes à 1999 e 2001.
5- Decretada, de ofício, a extinção do processo de execução fiscal com relação às anuidades de 1999 a 2001e Apelação improvida, quanto as multas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, decretar de ofício a extinção da execução e negar provimento à apelação, sendo que o Desembargador Federal Nelton dos Santos ressalva a seu pensar, o fundamento legal para a extinção do processo seria o Inciso VI do Artigo 485 do CPC, para nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 11 de outubro de 2018.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO CATAPANI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO CATAPANI (Relator):

Cuida-se de execução fiscal ajuizada com o objetivo de cobrar crédito inscrito na dívida ativa, devido a conselho profissional, nos anos de 1999 a 2001.

A sentença reconheceu a prescrição intercorrente e extinguiu o processo nos termos do art. 487, II, do CPC. Não houve condenação em honorários advocatícios.

Requer o apelante o prosseguimento da execução fiscal, razão pela qual pleiteia a nulidade da sentença.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

Nesta instância, nos termos do artigo 10 do Código de Processo Civil, foi aberta vista ao exequente para se manifestar sobre o julgamento do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais anteriores à edição da Lei nº 12.514/11.

Em suma, é o relatório.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO CATAPANI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO CATAPANI (Relator):

O processo executivo fiscal é regido por lei específica, sendo-lhe aplicáveis, subsidiariamente, as normas contidas no Código de Processo Civil, conforme dispõe o art. 1º da Lei 6.830/80.

No caso dos autos se busca a cobrança das anuidades relativas a 1999 a 2001 e multa eleitoral de 1999 e 2001.

Inicialmente convém esclarecer a natureza tributária das contribuições aos conselhos de fiscalização das categorias profissionais, consoante jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

> TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA ARQUITETURA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. AUTARQUIA. CONTRIBUIÇÕES. NATUREZA TRIBUTÁRIA PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. INCIDÊNCIA. ANUIDADE S. CORREÇÃO MONETÁRIA. DISCUSSÃO INFRACONSTITUCIONAL. AGRAVO IMPROVIDO. I - As contribuições devidas ao agravante, nos termos do art. 149 da Constituição, possui natureza tributária e, por via de consequência, deve-se observar o princípio da legalidade tributária na instituição e majoração dessas contribuições. Precedentes.(...)
> (STF, AI 768577, Rel. Min. LEWANDOWSKI, DJ 19/10/2010)

A fiscalização profissional envolve atividades públicas indelegáveis como a tributação e o poder de polícia. A Constituição Federal embasa este entendimento nos artigo 21, XXIV e 149, *verbis*:

> Art. 21. Compete à União:
> XXIV - organizar, manter e executar a inspeção do trabalho
>
> Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150,

> I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Neste sentido, é inconstitucional o artigo 58 da Lei nº 9.648/98 porquanto atribuiu natureza privada aos Conselhos de Fiscalização Profissional.

Ao partilhar desta compreensão, o C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.717/DF decidiu pela inconstitucionalidade dos parágrafos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do artigo 58 da Lei nº 9.649/98. Confira-se:

> DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.
> 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime.
> (STF, ADI 1717/DF, rel. Min. SYDNEY SANCHES, DJ 28-03-2003)

De igual modo, a Lei nº 11.000/2004 delegou competência aos conselhos para fixação do montante devido a título de contribuição à entidade profissional, afastando o princípio da legalidade tributária. Assim, indevida a cobrança ora realizada.

Neste sentido é o entendimento da Terceira Turma deste Tribunal:

> EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS DA 2ª REGIÃO - CRECI/SP. ANUIDADES. NULIDADE DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. APELAÇÃO DESPROVIDA.
> 1. A cobrança de anuidade cujo valor seja fixado, majorado ou mesmo atualizado por ato normativo do Conselho Profissional ofende o princípio da legalidade.
> 2. O Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97 da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362).
> 3. Em relação ao Conselho Regional de Corretores de Imóveis, a cobrança da contribuição de interesse da categoria profissional inicialmente era prevista na Lei nº 6.994/82 que estabeleceu limites ao valor das anuidades e taxas devidas aos conselhos fiscalizadores do exercício profissional, vinculando-as ao MVR (Maior Valor de Referência). Após, a Lei nº 9.649/98 previu a fixação de anuidades pelos próprios Conselhos de Fiscalização no seu art. 58, § 4º. Porém, foi declarada a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal. Mas, a partir da edição da Lei nº 10.795/2003, de 5/12/2003, que deu nova redação aos artigos 11 e 16 da Lei nº 6.530/78 (que regulamenta a profissão de corretores de imóveis), a cobrança das anuidades passou a ser admitida, pois foram fixados limites máximos das anuidades, bem como estipulado o parâmetro para a atualização monetária a ser aplicada, em observância ao princípio da legalidade estrita.

4. Desse modo, observado o princípio da irretroatividade das leis, o Conselho Regional de Corretores de Imóveis passou a cobrar o valor das anuidades nos moldes estabelecidos em norma legal somente a partir de dezembro de 2003 (data de publicação da Lei nº 10.795/2003).
5. No presente caso, ainda que a Lei nº 10.795/2003 autorize a cobrança das anuidades devidas ao Conselho exequente, não há como a presente execução prosseguir, pois as CDA's de f. 8-11, que embasam a presente execução, indicam como dispositivos legais para a cobrança das anuidades, apenas o art. 16, VII, da Lei nº 6.530/78 c/c os artigos 34 e 35 do Decreto 81.871/78, sendo que o primeiro dispositivo citado (art. 16, VII, da Lei nº 6.530/78) permite a fixação das multas, anuidades e emolumentos devidos aos Conselhos Regionais; e, o segundo (artigos 34 e 35 do Decreto 81.871/78) estabelece que o pagamento da anuidade constitui condição para o exercício da profissão (art. 34), além de estipular a data em que deve ser paga a anuidade (art. 35).
6. Assim, os dispositivos legais utilizados pelo exequente não configuram embasamento legal válido para a cobrança das anuidades em tela, pois não consta como fundamento das referidas CDA's, o § 1º do art. 16, da Lei nº 6.530/78, incluído pela Lei nº 10.795/2003, que fixou os limites máximos das anuidades, bem como, o § 2º do art. 16, da Lei nº 6.530/78, incluído pela Lei nº 10.795/2003, que estipulou o parâmetro para a atualização monetária a ser aplicada na sua cobrança.
7. Desse modo, não indicando o fundamento legal para a cobrança das anuidades (artigos §§ 1º e 2º do art. 16 da Lei nº 6.530/78, incluídos pela Lei nº 10.795/2003), deixou o exequente de observar os requisitos previstos art. 2º, §5º, III, da Lei nº 6.830/80.
8. Esta Terceira Turma já apreciou questão similar a dos autos, quando do julgamento do processo de nº 2016.61.82.006571-4 (julgado na Sessão de 23/08/2017).
9. Apelação desprovida.
(AC nº 2009.61.26.006011-6/SP, Rel Desembargador Federal Nelton dos Santos, D.E. 15/03/2018)

Além disso, o STF decidiu, com repercussão geral, em julgamento ocorrido em 19/10/2016, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli (RE 704292):

> É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos.

Acrescento que é inviável a substituição da CDA em grau de recurso, pois o art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/80, somente autoriza o referido procedimento até a decisão de primeira instância.

Sobre a impossibilidade de substituição das CDA's o STJ tem decidido reiteradamente:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. NULIDADE DA CDA. SUCESSÃO EMPRESARIAL POR INCORPORAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL PROPOSTA CONTRA A EMPRESA SUCEDIDA APÓS SUA EXTINÇÃO. CORREÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 392/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. MARCO TEMPORAL PARA INCIDÊNCIA DO CPC/2015. PROLAÇÃO DA SENTENÇA. ENUNCIADOS ADMINISTRATIVOS N. 2 E 3 DO STJ. 1. "O entendimento firmado na jurisprudência do STJ é no sentido da impossibilidade de alteração do polo passivo da imputação tributária, após o início da execução fiscal, mediante emenda ou substituição da CDA, mesmo no caso de sucessão tributária" (REsp 1.690.407/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2017). 2. Reconhecida a existência de sucessão empresarial e tributária, não se poderia dar prosseguimento

ao executivo fiscal ajuizado em oposição à sucessora tributária, haja vista a impossibilidade de emenda ou substituição da CDA, consoante a Súmula 392/STJ: "A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução." 3. Não se concebe a substituição do sujeito passivo no título executivo constituído, porquanto tal alteração corresponderia a um novo lançamento tributário, sem que fosse conferida ao novo devedor a oportunidade de exercer sua impugnação na via administrativa ou mesmo de pagar o débito antes do ajuizamento da ação de cobrança. 4. De acordo com a orientação deste Tribunal Superior, a sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada como marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015. Precedentes. 5. Na espécie, observa-se dos autos que a sentença foi publicada antes do início da vigência do CPC/2015, o qual se deu na data de 18/3/2016, conforme o teor dos Enunciados Administrativos n. 2 e 3 desta Corte Superior. Desse modo, a pretensão da recorrente direcionada ao arbitramento dos honorários advocatícios sucumbenciais nas regras do art. 85, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC/2015 não merece prosperar. 6. Recurso especial a que se dá parcial provimento.
(RESP 201701581154, OG FERNANDES - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:25/04/2018 ..DTPB:.)

PROCESSO CIVIL E DIREITO TRIBUTÁRIO. AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS NS. 282, 356 E 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VEDAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA NA HIPÓTESE DE ERRO NA INDICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO EM VIRTUDE DA SUCESSÃO EMPRESARIAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA 392 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. I - O Tribunal de origem reconheceu a responsabilidade tributária decorrente do IPVA da empresa incorporadora, que assumiu todas as obrigações da incorporada, nos termos do art. 1.116 do Código Civil e 132 do Código Tributário Nacional, inadmitindo a substituição da CDA. II - Como o acórdão recorrido debateu expressamente a matéria, o caso não comporta a incidência das súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. III - O agravado logrou êxito ao explicitar de forma clara e inteligível, no recurso especial, as suas razões de insurgência recursal, motivo pelo qual deve ser afastada a incidência do enunciado da súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal. IV - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está consolidada no sentido de que a Fazenda Pública, até a prolação da sentença de embargos à execução, pode substituir a certidão de dívida ativa para corrigir erro formal ou material, entretanto, quando os vícios decorrem do próprio lançamento da dívida, como acontece quando existe erro na indicação do sujeito passivo em virtude de sucessão empresarial, está vedada a substituição do título executivo, em conformidade com a súmula 392 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes: AgRg no REsp 1435515/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 23/04/2015; AgRg no AREsp 131.469/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 02/05/2012; AgInt no AREsp 785.026/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe de 13/06/2016. V - Agravo interno improvido. ..EMEN:
(AIRESP 201702554380, FRANCISCO FALCÃO - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:13/04/2018 ..DTPB:.)

Assim, sendo nula a CDA quanto as anuidades de 1999 a 2001.

Com efeito, A Lei nº 11.051/2004 acrescentou o §4º ao art. 40, com a seguinte redação:

§4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

Trata-se de norma processual que possibilita ao magistrado conhecimento *ex officio* da prescrição. Em matéria processual, a lei inovadora tem aplicabilidade imediata aos processos pendentes, bem assim aos recursos interpostos, independentemente da fase em que se encontram, disciplinando-lhes a prática dos atos futuros de acordo com o referido princípio *tempus regit actum*.

Assim, nos processos de execução fiscal em curso, após ouvida a Fazenda Pública para que se manifeste sobre eventual hipótese de suspensão ou interrupção do prazo prescricional, poderá ser pronunciada a prescrição, independentemente de alegação do executado.

Referida interpretação legal, consolidada na E. Terceira Turma deste Tribunal, foi sedimentada por ocasião do recente julgamento do Recurso Especial nº 1.340.553/SP, submetido ao regime dos recursos repetitivos, cuja ata da sessão de julgamento foi publicado em 12/09/2018.

In casu, a exequente foi intimada acerca da suspensão do feito em 20/07/2009 (fl. 27). Em 09/03/2016 se manifestou não pondo nenhum fato interruptivo ou suspensivo do prazo prescricional.

Dessarte, tendo em vista a existência de prazo superior a seis anos (um de suspensão e cinco de arquivamento) sem promoção de atos visando à execução do crédito por seu titular, de rigor a manutenção da sentença que reconheceu a prescrição intercorrente.

Ante o exposto, decreto, de ofício, a extinção do processo de execução fiscal, fazendo-o com fundamento no artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil com relação às anuidades de 1999 a 2001, e nego provimento à apelação, quanto as multas aplicadas.

É como voto.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO CATAPANI - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0007037-55.2006.4.03.6109
(2006.61.09.007037-1)

Apelante: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
Apelado: MUNICÍPIO DE ARARAS - SP
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE PIRACICABA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Classe do Processo: Ap 1751314
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/10/2018

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS (EBCT). ATIVIDADES DIVERSAS DAS TIPICAMENTE POSTAIS EXERCIDAS COM EXCLUSIVIDADE. IMUNIDADE RECÍPROCA (CF, ART. 150, VI, A). ABRANGÊNCIA RECONHECIDA PELO STF NO RE 601.392 - TEMA 235. REPERCUSSÃO GERAL.
1. Novo julgamento, proferido em juízo de retratação, ante a reapreciação oportunizada pela Vice-Presidência desta Corte, conforme previsto no art. 1.040, inc. II, do CPC.
2. Aplica-se ao presente caso o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 601.392 - Tema 235.
3. A denominada imunidade recíproca está prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal. O objetivo desta norma é impedir que o patrimônio de uma pessoa política seja afetado por outra pessoa política e, com isso, acarrete restrição à sua autonomia.
4. As autarquias e fundações públicas também se beneficiam da imunidade tributária recíproca, conforme norma extensiva do § 2º, do mesmo dispositivo. Já com relação às empresas públicas e sociedades de economia mista, embora não haja previsão no texto constitucional, a jurisprudência houve por bem estender a imunidade tributária recíproca, desde que tais entidades sejam prestadoras de serviços públicos.
5. No julgamento do RE 601.392, com repercussão geral reconhecida, o C. Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que a ECT goza da imunidade tributária recíproca para todas as suas atividades, independentemente de serem prestadas ou não em regime de exclusividade.
6. Ante o reconhecimento da imunidade recíproca aos serviços prestados pela EBCT, prejudicados os demais pedidos formulados.
7. Tendo em vista o reconhecimento da imunidade recíproca à EBCT, cabível a condenação do Município apelado ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da execução. Prejudicados os demais pedidos formulados na peça apelatória.
8. Juízo de retratação exercido e apelação provida para reconhecer a imunidade recíproca, restando prejudicados os demais pedidos formulados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sex-

ta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, em juízo de retratação, dar provimento à apelação no tocante à imunidade recíproca, restando prejudicados os demais pedidos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de outubro de 2018.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Trata-se de apelação em Embargos à Execução Fiscal promovida pelo Município de Araras/SP em face da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, em que se alega, em preliminar, a irregularidade da certidão da dívida ativa por ausência de seus pressupostos específicos e a ocorrência da prescrição quinquenal. No mérito, a empresa pública pretende afastar a incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, e respectiva multa, sobre o serviço prestado e atividades afins, por gozar de imunidade tributária. Aduz, ainda, a inexistência de fato gerador a justificar a cobrança pelo ente municipal, e insurge-se contra a incidência dos juros de mora e correção monetária.

O r. juízo *a quo* julgou improcedente o pedido dos embargos, condenando a embargante na verba honorária fixada em R$ 3.000,00 (três mil reais).

Apelou a EBCT-embargante alegando, em preliminar, a prescrição quinquenal, a litispendência em relação ao feito nº 0006702-70.2005.403.6109, e a incompetência absoluta do juízo. Aduz ser empresa pública e gozar de imunidade tributária, sendo descabida a exigência do tributo e respectiva multa punitiva. Insurge-se contra a incidência da correção monetária, juros de mora e honorários advocatícios.

Sem contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

Às fls.333/338 esta C. Sexta Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento à apelação nos termos do voto desta relatora.

Foi interposto Recurso Extraordinário pela EBCT, requerendo a reforma do v. acórdão, para que seja reconhecida a inconstitucionalidade da exação fiscal relativa ao ISSQN, e multa correlata (fls.343/365).

Foram interpostas contrarrazões ao Recurso Extraordinário às fls.441/452.

Tendo em vista a decisão proferida pelo C. STF no julgamento do RE 601.392 - Tema 235, e o previsto nos arts. 543-B, § 3º do CPC/73 (atual 1.040, II, do CPC/15), a reapreciação do feito foi oportunizada pela Vice-Presidência desta Corte Regional.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Inicialmente, tenho que o v. acórdão prolatado no julgamento do recurso de apelação se encontra em dissonância com o decidido pelo C. Supremo Tribunal Federal, no RE 601.392 - Tema 235, submetido à sistemática prevista no art. 543-B do CPC/73, art. 1036 do CPC/15.

Passo assim ao novo julgamento, em juízo de retratação, ante a reapreciação oportuni-

zada pela Vice-Presidência desta Corte, conforme previsto no art. 1.040, inc. II, do CPC, para aplicar ao presente caso o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 601.392 - Tema 235.

A denominada imunidade recíproca está prevista no art. 150, VI, *a*, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
> (...)
> VI - instituir impostos sobre:
> a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
> (...)

O objetivo desta norma constitucional é impedir que o patrimônio de uma pessoa política seja afetado por outra pessoa política e, com isso, acarrete restrição à sua autonomia. Como bem anotou Roque Antonio Carraza, a imunidade recíproca decorre do princípio federativo porque, se uma pessoa política pudesse exigir imposto de outra, fatalmente acabaria por interferir em sua autonomia. Sim, porque, cobrando-lhe impostos, poderia levá-la a situação de grande dificuldade econômica, a ponto de impedi-la de levar avante seus objetivos institucionais (Curso de Direito Constitucional Tributário, 16ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2000, p. 602).

As autarquias e fundações públicas também se beneficiam da imunidade tributária recíproca, conforme norma extensiva do § 2º, do mesmo dispositivo:

> § 2º - A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

Já com relação às empresas públicas e sociedades de economia mista, embora não haja previsão no texto constitucional, a jurisprudência houve por bem estender-lhes a imunidade tributária recíproca, desde que tais entidades sejam prestadoras de serviços públicos.

A questão sob exame diz respeito à possibilidade de a EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT gozar de imunidade não apenas com relação a serviços postais por ela desempenhados com exclusividade, mas também em relação àqueles prestados em concorrência com a iniciativa privada ou que não tenham característica de típicos serviços postais.

No caso dos autos, discute-se se a imunidade tributária recíproca, já reconhecida pelo C. Supremo Tribunal Federal aos serviços de postagem de correspondência e de telegrafia (v.g. RE 407.099, Relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 22/06/2004, DJ 06-08-2004), também abrangeria as demais atividades oferecidas pela ECT.

A questão foi pacificada no julgamento do RE 601.392, com repercussão geral reconhecida, oportunidade em que a Corte Suprema, por maioria de votos, entendeu que a ECT goza da imunidade tributária recíproca para todas as suas atividades, independentemente de serem prestadas ou não em regime de exclusividade:

> Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. 3. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade. Precedentes.

4. *Exercício simultâneo de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com a iniciativa privada. Irrelevância.* Existência de peculiaridades no serviço postal. *Incidência da imunidade prevista no art. 150, VI, "a", da Constituição Federal.* 5. Recurso extraordinário conhecido e provido. (grifo nosso)
(Tribunal Pleno, RE 601392, Relator Min. Joaquim Barbosa, Relator(a) p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. 28/02/2013, acórdão eletrônico DJe-105, divulg. 04/06/2013, public. 05/06/2013)

No Informativo nº 696/STF, foram transcritos trechos das manifestações dos eminentes Ministros:

(...)
Na sessão de 16.11.2011, o Min. Ayres Britto registrou, de início, que a manutenção do correio aéreo nacional e dos serviços postais e telegráficos pela recorrente não poderia sofrer solução de continuidade, de maneira a ser obrigatoriamente sustentada pelo Poder Público, ainda que lhe gerasse prejuízo. Além do mais, reputou possível a adoção de política tarifária de subsídios cruzados, porquanto os Correios realizariam também direitos fundamentais da pessoa humana - comunicação telegráfica e telefônica e o sigilo dessas comunicações -, em atendimento que alçaria todos os municípios brasileiros (integração nacional) com tarifas módicas. Assinalou que, na situação dos autos, a extensão do regime de imunidade tributária seria natural, haja vista que a recorrente seria longa manus da União, em exercício de atividade absolutamente necessária e mais importante do que a própria compostura jurídica ou a estrutura jurídico-formal da empresa.
O Min. Gilmar Mendes, em reforço ao que referido, ressaltou que a base do monopólio da ECT estaria sofrendo esvaziamento, tornando-se ultrapassada, diante da evolução tecnológica. Ressurtiu que *a recorrente, mesmo quando exercesse atividades fora do regime de privilégio, sujeitar-se-ia a condições decorrentes desse status, não extensíveis à iniciativa privada, a exemplo da exigência de prévia licitação e da realização de concurso público.*
(...)
Em seguida, o Min. Celso de Mello sublinhou que *essas outras atividades existiriam para custear o desempenho daquela sob reserva constitucional de monopólio.* Se assim não fosse, frustrar-se-ia o objetivo do legislador de viabilizar a integração nacional e dar exequibilidade à fruição do direito básico de se comunicar com outras pessoas, com as instituições e de exercer direitos outros fundados na própria Constituição.
(grifos nossos)

Saliente-se que este entendimento firmado pela Corte Suprema já foi adotado neste E. Tribunal Federal:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. ISS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO DESPROVIDA.
1. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, instituída pelo Decreto-Lei 509/69, mediante descentralização administrativa, passou a prestar serviço público em regime de monopólio, estendendo-lhe, por isso, as prerrogativas inerentes da Administração Pública Direta. Assim, faz jus à imunidade tributária recíproca em relação ao patrimônio, renda e serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes, nos termos do artigo 150, VI, "a", da Constituição Federal.
2. O artigo 150, inciso VI, alínea a, §1º e §2º, da Constituição Federal veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços uns dos outros. Conquanto o referido dispositivo mencione apenas as autarquias

> e as fundações públicas, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) é de que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, mesmo sendo empresa pública, também se beneficia da imunidade tributária recíproca. Precedentes do STF e deste Tribunal.
> 3. Com relação aos honorários advocatícios, considerando que o valor da execução fiscal é de R$ 760,89 (setecentos e sessenta reais e oitenta e nove centavos), em dezembro de 2003, o percentual de 10 % (dez por cento) sobre o valor atualizado da execução fiscal, arbitrado a título de condenação sucumbencial, não desbordou do disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973.
> 4. Recurso de apelação desprovido.
> (Terceira Turma, Ap 0003992-24.2007.4.03.6104, Rel. Desembargador Federal Nelton dos Santos, julgado em 21/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 de 27/03/2018)

Tendo em vista o reconhecimento da imunidade recíproca à EBCT, cabível a condenação do Município apelado ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da execução. Prejudicados os demais pedidos formulados na peça apelatória.

Em face de todo o exposto, *exerço o juízo de retratação e dou provimento à apelação.*

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0007987-27.2011.4.03.6000
(2011.60.00.007987-7)

Apelante: RANULFA BATISTA BORGES
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
Classe do Processo: ApReeNec 2138016
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/10/2018

EMENTA

REMESSA OFICIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IRPF. ISENÇÃO. DOENÇA GRAVE. ARTIGO 6º, INCISO XIV, DA LEI 7.713/1988. DIAGNÓSTICO MÉDICO. LAUDO OFICIAL. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. RECURSO PROVIDO.
- A regra de incidência dos tributos está prevista na Constituição Federal e, quanto ao imposto de renda, seu contorno é delimitado pelo artigo 153, inciso III, o qual prevê a competência da União para instituir imposto sobre III - renda e proventos de qualquer natureza. O artigo 43 do Código Tributário Nacional define como fato gerador da exação a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos e II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior. É possível afirmar, portanto, que o pagamento de montante que não seja produto do capital ou do trabalho ou que não implique acréscimo patrimonial afasta a incidência do imposto de renda e, por esse fundamento, não deve ser cobrado o tributo sobre as indenizações que visam a recompor a perda patrimonial. De outro lado, tem-se que, do ponto de vista do trabalhador/aposentado, todos os rendimentos (sejam os decorrentes da atividade ou da inatividade) estão sujeitos à incidência dessa exação, salvo previsão de índole constitucional (imunidade) ou legal (isenção).
- Ação ajuizada pela autora com o objetivo de ter reconhecido o seu direito à não incidência de imposto de renda sobre os numerários de pensão recebida por ocasião do falecimento do seu marido, ex- militar do Exército Brasileiro por motivo de diagnóstico de doença grave, qual seja, cegueira. Dessa forma, há que se verificar a incidência ou não de IR sobre sua pensão militar, o que inclui a apreciação do real contexto do recebimento desses numerários a fim de que se conclua a respeito da sua natureza: indenizatória ou remuneratória.
- Em outras palavras, esse diploma normativo prevê hipóteses de isenção de imposto de renda, entre as quais consta a relativa aos portadores de *moléstias graves*, desde que se trate de *proventos de aposentadoria, reforma ou pensão*, ou seja, requisitos cumulativos (dois), os quais devem ser efetivamente preenchidos para que se conceda tal isenção. Precedentes.
- Relativamente ao primeiro requisito, para fins de constatação de *doença grave* (artigo 30 da Lei n. 9.250/95), a existência de laudo oficial é impositiva para a Administração, mas, em juízo, outros dados e documentos podem ser considerados, bem como laudos médicos devidamente fundamentados, conforme o princípio do livre

convencimento motivado (inclusive a Súmula n. 598 do STJ, recentemente editada, confirmou esse raciocínio e assim enunciou: é desnecessária a apresentação de laudo médico oficial para o reconhecimento judicial da isenção do imposto de renda, desde que o magistrado entenda suficientemente demonstrada a doença grave por outros meios de prova.). Assim, tem-se claro o acometimento da autora pela cegueira, dado que restou amplamente comprovado nos autos por meio da análise dos documentos e laudo médico oficial e, ademais, indiscutível o fato de essa patologia restar enquadrada no rol de moléstias graves especificadas no artigo 6º da Lei n. 7.713/88.

- Dessa forma, dada a obrigatoriedade de interpretação literal às normas outorgadoras de isenção, assim como considerada a previsão contida no artigo 6º da Lei n. 7.713/88, resta legítimo concluir no sentido de que somente estão acobertados pelo instituto da isenção os rendimentos auferidos pela pessoa física acometida de *doença grave e decorrentes de aposentadoria, reforma ou pensão*, o que permite ao autor o direito à restituição pretendida e inserido dentro das hipóteses compreendidas pela lei para a concessão do benefício, segundo a dicção do artigo 111 do CTN, bem como a jurisprudência do STJ.

- Destarte, é cabível a restituição integral dos valores descontados em folha de pagamento haja vista se tratar de numerários decorrentes de aposentadoria, reforma ou pensão, bem como pelo fato de restar legítima a aplicação de interpretação ao aludido benefício.

- Não é necessário que a doença seja contemporânea ao pedido de isenção do tributo ou que apresente os sintomas da moléstia no momento do requerimento, dado que a finalidade desse benefício é justamente conceder aos aposentados uma diminuição dos seus encargos financeiros e a adoção de medidas para o controle da doença. Precedente.

- Outrossim, o artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em 10/08/2011. Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal. De acordo com o laudo, a patologia foi identificada em 25/01/2007, momento em que a autora passa a ter direito à isenção, como confirmado pelo laudo médico oficial.

Com relação ao pedido de restituição do indébito, verifico que esta deve se dar por meio de precatório ou requisição de pequeno valor (RPV) e obedecer à ordem cronológica estabelecida no artigo 100 e seguintes da CF/88.

- Remessa oficial desprovida. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial e dar provimento à apelação da autora para julgar procedente o pedido, a fim de reconhecer seu direito à restituição dos valores indevidamente descontados, a partir de 25/01/2007, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de setembro de 2018.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Remessa oficial e apelação interposta por Ranulfa Batista Borges contra sentença que, em ação ordinária, julgou parcialmente procedente o pedido, extinguiu o processo com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, I, do CPC/73, e reconheceu o direito da autora à isenção do imposto de renda sobre os seus proventos de pensão por ser portadora de cegueira, bem como a restituição dos valores indevidamente descontados desde 22/04/2014 (fls. 137/140).

Sustenta, em síntese, que houve diagnóstico de doença grave em seu desfavor e, portanto, há que se reconhecer o seu direito à restituição de valores de IRPF retidos sobre sua pensão desde 25/01/2007, data em que ficou comprovada a doença mediante diagnóstico médico, nos moldes do previsto no inciso XIV do artigo 6º da Lei 7.713/88.

Contrarrazões apresentadas pela União às fls. 167/169, em que requer o desprovimento do recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Remessa oficial e apelação interposta por Ranulfa Batista Borges contra sentença que, em ação ordinária, julgou parcialmente procedente o pedido, extinguiu o processo com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, I, do CPC/73, e reconheceu o direito da autora à isenção do imposto de renda sobre os seus proventos de pensão por ser portadora de cegueira, bem como a restituição dos valores indevidamente descontados desde 22/04/2014.

I - Do imposto de renda

A regra matriz de incidência dos tributos está prevista na Constituição Federal e, quanto ao imposto de renda, seu contorno é delimitado pelo artigo 153, inciso III, o qual prevê a competência da União para instituir imposto sobre III - renda e proventos de qualquer natureza. O artigo 43 do Código Tributário Nacional define como fato gerador da exação a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos e II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior. É possível afirmar, portanto, que o pagamento de montante que não seja produto do capital ou do trabalho ou que não implique acréscimo patrimonial afasta a incidência do imposto de renda e, por esse fundamento, não deve ser cobrado o tributo sobre as indenizações que visam a recompor a perda patrimonial. De outro lado, tem-se que, do ponto de vista do trabalhador/aposentado, todos os rendimentos (sejam os decorrentes da atividade ou da inatividade) estão sujeitos à incidência dessa exação, salvo previsão de índole constitucional (imunidade) ou legal (isenção).

I.1- Da isenção do imposto de renda

Ação ajuizada pela autora com o objetivo de ter reconhecido o seu direito à não incidência de imposto de renda sobre os numerários de pensão recebida por ocasião do falecimento do seu marido, ex-militar do Exército Brasileiro (fl.17) por motivo de diagnóstico de doença grave, qual seja, cegueira. Dessa forma, há que se verificar a incidência ou não de IR sobre sua pensão militar, o que inclui a apreciação do real contexto do recebimento, a fim de que se conclua a respeito da sua natureza: indenizatória ou remuneratória.

No que toca à Lei nº 7.713/88, segue:

> Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:
> (...)
> *XIV* - os proventos de *aposentadoria ou reforma* motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, *neoplasia maligna*, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma; (Redação dada pela Lei nº 11.052, de 2004)
> (...)
> *XXI* - os valores recebidos a título de *pensão* quando o beneficiário desse rendimento for portador das doenças relacionadas no inciso XIV deste artigo, exceto as decorrentes de moléstia profissional, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída após a concessão da pensão.
> (...)

Em outras palavras, esse diploma normativo prevê hipóteses de isenção de imposto de renda, entre as quais consta a relativa aos portadores de *moléstias graves*, desde que se trate de *proventos de aposentadoria, reforma ou pensão*, ou seja, requisitos cumulativos (dois), os quais devem ser efetivamente preenchidos para que se conceda tal isenção, conforme jurisprudência pacífica do STJ, *verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PORTADORES DE MOLÉSTIA GRAVE. ART. 6º, XIV, DA LEI 7.713/1988. ISENÇÃO SOBRE PROVENTOS DE APOSENTADORIA E PENSÃO. INTERPRETAÇÃO LITERAL. ART. 111, II, DO CTN. INCLUSÃO DOS RENDIMENTOS DECORRENTES DE PRECATÓRIO JUDICIAL, CEDIDOS A TERCEIRO. NÃO INCLUSÃO.
> 1. A jurisprudência do STJ sedimentou-se no sentido de que o Imposto de Renda não incide sobre os proventos de aposentadoria ou pensão percebidos por portadores de moléstias graves nos termos do art. 6º, XIV, da Lei 7.713/1988.
> 2. *Dois são os requisitos para a isenção: a) subjetivo: que o contribuinte seja portador de uma das doenças listadas na norma tributária (art. 6º, XIV, da Lei 7.713/1988) e b) objetivo: que a verba percebida corresponda à aposentadoria ou pensão, ainda que a doença seja superveniente ao ato de transferência para a inatividade laboral.*
> 3. A norma do art. 111, II, do CTN desautoriza a possibilidade de alargar a interpretação da norma isentiva para alcançar remuneração de outra natureza (*in casu*, crédito decorrente de diferenças salariais, pago mediante o regime de precatório judicial que foi cedido a terceiros), ainda que disponibilizada no período no qual o contribuinte já esteja no gozo da isenção. Incidência da Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".
> 4. Recurso Especial não provido.
> (REsp 1729087/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 25/05/2018);

> TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE. ART. 6º DA LEI 7.713/88 COM ALTERAÇÕES POSTERIORES. ROL TAXATIVO. ART. 111 DO CTN. VEDAÇÃO À INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.
> 1. A concessão de isenções reclama a edição de lei formal, no afã de verificar-se o cumprimento de todos os requisitos estabelecidos para o gozo do favor fiscal.

> 2. O conteúdo normativo do art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88, com as alterações promovidas pela Lei 11.052/2004, é explícito em conceder o benefício fiscal em favor dos aposentados portadores das seguintes moléstias graves: moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma. Por conseguinte, o rol contido no referido dispositivo legal é taxativo (*numerus clausus*), vale dizer, restringe a concessão de isenção às situações nele enumeradas.
> 3. Consectariamente, revela-se interditada a interpretação das normas concessivas de isenção de forma analógica ou extensiva, restando consolidado entendimento no sentido de ser incabível interpretação extensiva do aludido benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei, em conformidade com o estatuído pelo art. 111, II, do CTN. (Precedente do STF: RE 233652 / DF - Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, DJ 18-10-2002.Precedentes do STJ: EDcl no AgRg no REsp 957.455/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 09/06/2010; REsp 1187832/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; REsp 1035266/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 04/06/2009;AR 4.071/CE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 18/05/2009; REsp 1007031/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJe 04/03/2009; REsp 819.747/CE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/06/2006, DJ 04/08/2006)
> 4. *In casu*, a recorrida é portadora de distonia cervical (patologia neurológica incurável, de causa desconhecida, que se caracteriza por dores e contrações musculares involuntárias - fls. 178/179), sendo certo tratar-se de moléstia não encartada no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88. 5. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.
> (REsp 1116620/BA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/08/2010, DJe 25/08/2010).

Nesse contexto, cumpre investigar acerca do preenchimento de tais requisitos a fim de se prestar a efetiva tutela jurisdicional.

Relativamente ao primeiro, para fins de constatação de *doença grave* (artigo 30 da Lei n. 9.250/95), *a existência de laudo oficial é impositiva para a administração, mas, em juízo, outros dados e documentos podem ser considerados*, bem como laudos médicos devidamente fundamentados, conforme o princípio do livre convencimento motivado, inclusive a Súmula n. 598 do STJ, recentemente editada, confirmou esse raciocínio e assim enunciou: é desnecessária a apresentação de laudo médico oficial para o reconhecimento judicial da isenção do imposto de renda, desde que o magistrado entenda suficientemente demonstrada a doença grave por outros meios de prova). Assim, tem-se claro o acometimento da autora pela *cegueira - CID H 54.0 e H40.1*, porquanto restou amplamente comprovado nos autos por meio da análise dos documentos de fls. 32/33, bem como pelo laudo oficial de perito no qual constou: cegueira legal em ambos os olhos (fls. 126/128) e, ademais, indiscutível o fato de essa patologia restar enquadrada no rol de moléstias graves especificadas no artigo 6º da Lei n. 7.713/88. Nessa esteira, segue:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IRPF. ISENÇÃO. ALIENAÇÃO MENTAL. DIAGNÓSTICO MÉDICO PARTICULAR E PERÍCIA JUDICIAL. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSO DESPROVIDO.

> 1. Consolidada a jurisprudência no sentido de que estão isentos de imposto de renda os proventos de aposentadoria e reforma, e os valores relativos a pensões, quando os respectivos titulares forem portadores de moléstias graves, nos casos estritamente especificados (*numerus clausus*) e nas condições previstas no artigo 6º, XIV e XXI, da Lei 7.713/88, admitida a comprovação pelos meios regulares de prova, com a observância do princípio do livre convencimento motivado.
> 2. Embora o pedido administrativo da autora tenha sido indeferido, verifica-se que o requisito do laudo oficial (artigo 30 da Lei 9.250/95), segundo decidiu o Superior Tribunal de Justiça, é impositivo para a Administração, mas, em Juízo, podem ser considerados outros dados.
> 3. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a alienação mental autoriza o direito à isenção fiscal. No caso concreto, restou comprovado por exames médicos e laudos particulares, declaração da Casa de Saúde do Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, laudos para solicitação/autorização de medicamentos de dispensação excepcional do SUS, e perícia judicial conclusiva de que a apelada é portadora de "alienação mental consequente a demências na Doença Alzheimer", não se podendo, portanto, presumir a falsidade da alegação da alienação mental, de modo que resta inequívoco o direito à isenção , nos termos da sentença proferida.
> 4. Apelação e remessa oficial improvidas.
> (APELREEX 0009996-88.2013.4.03.6000, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 29/07/2016)

Quanto ao segundo, há que se analisar a possibilidade de, consideradas as circunstâncias, a isenção de IR abranger ou não o beneficio previdenciário em questão. O artigo 111 do CTN assim prevê, *verbis*:

> Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:
> I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;
> II - outorga de isenção;
> III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.
> (..)

Dessa forma, dada a obrigatoriedade de interpretação literal às normas outorgadoras de isenção, assim como considerada a previsão contida no artigo 6º da Lei n. 7.713/88, resta legítimo concluir no sentido de que somente estão acobertados pelo instituto da isenção os rendimentos auferidos pela pessoa física acometida de *doença grave e decorrentes de aposentadoria, reforma ou pensão*, o que permite ao autor o direito à restituição pretendida e inserido dentro das hipóteses compreendidas pela lei para a concessão do benefício, segundo a dicção do artigo 111 do CTN, bem como a jurisprudência do STJ:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSTO DE RENDA. PORTADOR DE NEOPLASIA MALIGNA. *RENDIMENTOS DA ATIVIDADE*. AUSÊNCIA DE ISENÇÃO. INTERPRETAÇÃO LITERAL. ART. 6º, XVI, DA LEI Nº 7.713/88 C/C ART. 111, II, DO CTN. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 83 DO STJ.
> 1. *Esta Corte em diversas oportunidades já se manifestou sobre a interpretação do art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88, concluindo que a isenção de imposto de renda alí prevista se dá sobre os proventos de aposentadoria e não sobre a remuneração do portador de moléstia grave, no caso, neoplasia maligna. Isso porque, nos termos do art.111, II, do CTN, a norma tributária concessiva de isenção deve ser interpretada literalmente.*
> 2. O acórdão recorrido se manifestou no mesmo sentido da jurisprudência desta Corte, pelo que incide, na hipótese, a Súmula nº 83 do STJ, *in verbis*: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

> 3. A Súmula nº 83 desta Corte também é aplicável quando o recurso especial é interposto com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional. Precedentes.
> 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1520090/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 12/05/2015).

Destarte, é cabível a restituição integral dos valores descontados em folha de pagamento, haja vista decorrentes de aposentadoria, reforma ou pensão, bem como pelo fato de restar legítima a aplicação de interpretação ao aludido benefício.

Não é necessário que a doença seja contemporânea ao pedido de isenção do tributo ou que apresente os sintomas da moléstia no momento do requerimento, dado que a finalidade desse benefício é justamente conceder aos aposentados uma diminuição dos seus encargos financeiros e a adoção de medidas para o controle da doença. Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IRPF. ISENÇÃO. DOENÇA GRAVE. ARTIGO 6º, INCISO XIV, DA LEI 7.713/1988. DIAGNÓSTICO MÉDICO PARTICULAR. LAUDO OFICIAL. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONTEMPORANEIDADE DOS SINTOMAS. FINALIDADE DA LEI. ARTIGO 40, § 21, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. 1. Consolidada a jurisprudência no sentido da isenção do imposto de renda sobre proventos de aposentadoria e reforma, e valores de pensão a favor de titulares portadores de moléstias graves, nos casos estritamente especificados (*numerus clausus*) e nas condições previstas no artigo 6º, XIV e XXI, da Lei 7.713/1988. 2. Na espécie, constam relatórios médicos e exames que atestam que a apelada foi acometida por doença - CID 10:C50.9, e necessitando de controle oncológico permanente, de modo que resta inequívoco o direito da apelada à isenção, nos termos do artigo 6º, XIV, da Lei 7.713/1988. 3. Ademais, cabe destacar que embora o pedido administrativo da apelada tenha sido indeferido, com a conclusão da perícia médica oficial, realizada em 17/09/2014, de que "após o período de 05 (cinco) anos de seguimento não há sinais de atividade da moléstia", é firme, a propósito, o entendimento jurisprudencial no sentido de que o requisito do laudo oficial (artigo 30 da Lei 9.250/95), segundo decidiu *o Superior Tribunal de Justiça, é impositivo para a Administração, mas, em Juízo, porém, podem ser considerados outros dados, como os laudos médicos apresentados nos autos, para a constatação da moléstia grave, segundo a observância do princípio do livre convencimento motivado, além de que a lei não distinguiu, para efeito de isenção, o estágio da doença, de modo que é desnecessária a demonstração da contemporaneidade dos sintomas ou a comprovação de recidiva da doença para que o contribuinte faça jus à isenção de imposto de renda, uma vez que o objetivo da norma é diminuir o sacrifício do aposentado, aliviando os encargos financeiros relativos ao acompanhamento médico e medicações ministradas*. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma. 4. Quanto ao mais, firmada a jurisprudência, em torno do artigo 40, § 21, da Constituição Federal, reconhecendo a eficácia do direito ao recolhimento das contribuições previdenciárias apenas sobre o valor da pensão que exceder ao dobro do limite máximo estipulados para o Regime Geral da Previdência Social, em casos que o beneficiário foi diagnosticado com doença grave. 5. Configurada a existência de indébito fiscal, resta evidente o direito à repetição, com aplicação exclusiva da taxa SELIC a partir de cada recolhimento indevido, nos termos do artigo 39 da Lei 9.250/95, observada a prescrição quinquenal. 5. Apelação e remessa oficial desprovidas. (Ap 00054355120144036108, JUIZA CONVOCADA DENISE AVELAR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Outrossim, o artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em 10/08/2011 (fl. 02). Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal. De acordo com o

laudo à fl. 33, a patologia foi identificada em 25/01/2007, momento em que a autora passa a ter direito à isenção, como confirmado pelo laudo médico às fls. 126/128, que assim consignou: "impossível precisar, mas o lado médico de 22/09/2004 comprova que nesta época já havia baixa acuidade visual por glaucoma" (resposta ao quesito nº 5).

Com relação ao pedido de restituição do indébito, deve-se dar por meio de precatório ou requisição de pequeno valor (RPV) e obedecer à ordem cronológica estabelecida no artigo 100 e seguintes da CF/88.

II- Dos encargos legais

Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012.

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais nº 1.111.175/SP e 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses de restituição e de compensação de indébitos tributários, são devidos e equivalentes à taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, bem como são contados do pagamento indevido, se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data, caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto nos artigos 13 da Lei nº 9.065/95, 30 da Lei nº 10.522/2002 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95. Ao consagrar essa orientação, a corte superior afastou a regra do parágrafo único do artigo 167 do Código Tributário Nacional, que prevê o trânsito em julgado da decisão para sua aplicação.

III- Dos honorários

Assim, vencida a União são devidos os honorários advocatícios. Nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil/73, o magistrado não está adstrito aos limites mínimo e máximo previstos no § 3º do mesmo dispositivo. Não pode, contudo, fixar os honorários advocatícios em valor ínfimo em relação à quantia discutida, ou seja, menos de 1% (um por cento), tampouco está autorizado onerar a parte devedora em quantia excessiva. Esse é entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.155.125/MG, representativo da controvérsia, que foi submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil/73. Considerado o valor da causa, R$ 33.000,00, e observados alguns critérios da norma processual, quanto à natureza e a importância da causa, assim como o trabalho realizado pelo advogado, apresenta-se razoável fixar a verba honorária em 10% do valor da condenação, quantia que se coaduna com o entendimento da 4ª Turma deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região e atende aquele pacificado na corte superior (Resp 153.208-RS, rel. Min. Nilson Naves, 3ª turma, v.u., Dju 1.6.98).

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e dou provimento à apelação da autora para julgar procedente o pedido, a fim de reconhecer seu direito à restituição dos valores indevidamente descontados, a partir de 25/01/2007, nos termos explicitados.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0001785-82.2012.4.03.6102
(2012.61.02.001785-9)

Apelante: REGINA MARIA DA SILVA POSSOS, MÁRCIO APARECIDO POSSOS E JABUTICABA ASSISTÊNCIA TÉCNICA E ADMINISTRAÇÃO DE BENS PRÓPRIOS LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: Ap 2084182
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/10/2018

EMENTA

DIREITO CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO PAULIANA. FRAUDE CONTRA CREDORES. PRAZO DECADENCIAL DE 04 (QUATRO) ANOS. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÕES NÃO PROVIDAS.
1. Trata-se de recursos de apelação interpostos por REGINA MARIA DA SILVA POSSOS, MARCIO APARECIDO POSSOS e JABUTICABA ASSISTÊNCIA TÉCNICA E ADMINISTRAÇÃO DE BENS PRÓPRIOS LTDA. em face da r. sentença de fls. 236/238 que, em autos de ação pauliana ajuizada pela União, julgou procedente o pedido formulada pela autora, declarando ineficaz as alienações realizadas pelos réus Regina Maria da Silva Possos e Márcio Aparecido Possos, dos imóveis registrados no 1º Cartório de Registro de Imóveis de Ribeirão Preto/SP, sob matrículas nº 13.202, nº 60.416 e nº 113.386, confirmando a liminar anteriormente concedida. Houve ainda a condenação dos réus ao pagamento pro rata das custas processuais e de honorários advocatícios, que foram fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais).
2. Em nosso ordenamento jurídico, o meio idôneo para reconhecimento da fraude contra credores é a ação pauliana, que possui natureza desconstitutiva, cujo prazo de interposição é decadencial de 4 (quatro) anos, nos termos do art. 178, inciso II, do Código Civil. Já decidiu a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça que o termo *a quo* da contagem do prazo decadencial, em se tratando de fraude contra credores pela transmissão de imóvel, conta-se da data do registro da respectiva escritura, e não da lavratura desta ou da constituição da empresa na Junta Comercial.
3. Para a caracterização da fraude contra credores no direito, de maneira geral, é imprescindível a existência do binômio: *consilium fraudis* e *eventus damni*. Exige-se, além do mais, que a dívida seja anterior ao ato de transmissão, pois a finalidade do instituto é decorrência lógica do princípio da responsabilidade patrimonial, segundo o qual o patrimônio do devedor responde por suas obrigações (art. 789 do CPC). Sendo o primeiro definido como o conluio de vontades no intuito de fraudar credores; enquanto o segundo significa a necessidade da ocorrência de dano, isto é, de prejuízo para credores.
4. Em se tratando do SIMPLES NACIONAL, tributo em cobro na execução em desfavor da apelante Regina Maria da Silva Possos, regime compartilhado de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos, abrangendo IRPJ, CSLL, PIS/Pasep, Cofins, IPI,

ICMS, ISS e a Contribuição para a Seguridade Social destinada à Previdência Social a cargo da pessoa jurídica (CPP), o lançamento tributário é por homologação, cabendo ao contribuinte a apresentação de declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais. Portanto, o crédito da Fazenda Nacional nasceu no momento da declaração de rendimentos realizada pela apelante Maria Regina. Como se trata de cobrança do SIMPLES do ano de exercício financeiro de 2006, e a transmissão dos imóveis, cuja meação pertencia à executada Regina Maria, ocorreu apenas em 2008, plenamente configurada a anterioridade da dívida.
5. Em pesquisa no site da JUCESP- Junta Comercial do Estado de São Paulo, esse Relator constatou que a empresa apelante, JABUTICABA ASSISTÊNCIA TÉCNICA E ADMINISTRAÇÃO DE BENS E PRÓPRIOS LTDA., foi constituída em 07/02/2008 pelo apelante Marcio Aparecido Possos, cônjuge da apelante Regina Maria, em conjunto com Marcos Aparecido Possos e Oscar Terencio da Silva.
6. Em 16/04/2009, pouco mais de um ano após a constituição da empresa, Marcio Aparecido Possos se retirou da sociedade, oportunidade em que, presume-se, recebeu pela sua cota de participação na sociedade da qual se retirava. Mas desse valor, ao qual metade a apelante Regina Maria, por direito de meação, fazia jus, não há notícias.
7. Salta aos olhos a tentativa de dilapidação patrimonial encetada através da suspeitíssima transferência dos únicos bens de Regina Maria e seu cônjuge à empresa Jabuticaba.
8. Recursos de apelação não providos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 11 de outubro de 2018.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

Trata-se de recursos de apelação interpostos por REGINA MARIA DA SILVA POSSOS, MARCIO APARECIDO POSSOS e JABUTICABA ASSISTÊNCIA TÉCNICA E ADMINISTRAÇÃO DE BENS PRÓPRIOS LTDA. em face da r. sentença de fls. 236/238 que, em autos de ação pauliana ajuizada pela União, julgou procedente o pedido formulada pela autora, declarando ineficaz as alienações realizadas pelos réus Regina Maria da Silva Possos e Márcio Aparecido Possos, dos imóveis registrados no 1º Cartório de Registro de Imóveis de Ribeirão Preto/SP, sob matrículas nº 13.202, nº 60.416 e nº 113.386, confirmando a liminar anteriormente concedida. Houve ainda a condenação dos réus ao pagamento *pro rata* das custas processuais e de honorários advocatícios, que foram fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Foi dado à causa o valor de R$ 56.868,50 (cinquenta e seis mil, oitocentos e sessenta e oito reais e cinquenta centavos).

Da leitura dos autos constata-se que a União (Fazenda Nacional) propôs execução fiscal contra a empresária individual Regina Maria da Silva Possos com o intuito de cobrar valores referentes ao SIMPLES Nacional, do ano de 2006, no valor total de R$ 378.964,57 (trezentos e setenta e oito mil, novecentos e sessenta e quatro reais e cinquenta e sete centavos).

Determinada a citação, esta ocorreu regularmente, mas a executada não apresentou bens à penhora, sendo constatada, através de diligências do oficial de justiça, a ausência de bens penhoráveis em propriedade da executada.

Ocorre que, em informações prestadas pelo 1º Ofício de Imóveis de Ribeirão Preto, a União tomou conhecimento da existência de imóveis que, anteriormente pertencentes à executada, foram transferidos à empresa apelante Jabuticaba, da qual seu cônjuge era sócio.

Entendendo tratar-se de fraude, a União ajuizou ação pauliana, inicialmente denominada ação declaratória de nulidade de negócio jurídico com pedido de concessão de medida cautelar.

Sustenta os apelantes Regina Maria da Silva Possos e Márcio Aparecido Possos, preliminarmente, a nulidade da decisão, em razão do cerceamento ao direito de defesa, eis que o pedido de realização de perícia técnica sobre as quotas sócias adquiridas foi indeferido pelo Magistrado *a quo*. Também pugna pela nulidade da decisão com base na ausência de fundamentação adequada da sentença. No mérito, alega a necessidade de prova do *concilium fraudis*, eis que a integralização do capital social, através da transmissão dos imóveis, foi feita por meio de dação em pagamento, portanto, o negócio é oneroso. Que não há comprovação da fraude. Que quando da subscrição de bens ao capital social da empresa co-ré não existia qualquer débito tributário constituído contra a ré Regina Maria Passos. Alega ainda a inexistência de eventos damni, pois a subscrição de capital social através de bens imóveis não é ato capaz de reduzir o patrimônio, visto que as cotas sociais possuem valor. Requer assim a anulação da sentença e sucessivamente o provimento do recurso de apelação.

Já a apelante JABUTICABA ASSISTÊNCIA TÉCNICA E ADMINISTRAÇÃO DE BENS PRÓPRIOS LTDA. alega, preliminarmente, a decadência do prazo para propositura da ação pauliana ou revocatória. No mérito alega que não houve qualquer ato gratuito no momento da constituição da empresa e que a integralização de parte do capital, por meio dos imóveis, se deu por meio de dação em pagamento. Alega que quando da transmissão dos imóveis não havia qualquer débito relacionado ao CPF da co-ré Regina Maria. Que a empresa é sujeito de boa-fé na situação, não tendo a União comprovado que os demais envolvidos na operação tinham ciência da existência de qualquer débito ou mesmo da suposta insolvência da coré. Sustenta a inexistência de débito anterior ao negócio jurídico, pois para caracterização da preexistência do débito era imprescindível que o lançamento tributário ocorresse contra a pessoa física, o que não ocorreu. Por fim, alega a inexistência de comprovação da insolvência. Requer a reforma da decisão.

Intimada, a União (Fazenda Nacional) apresentou contrarrazões. Após, os autos subiram a este E. Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

A matéria devolvida este Tribunal refere-se à anulação de atos alienatórios pelos réus,

atingindo o interesse da União (Fazenda Nacional), enquanto credora daqueles.

O presente processo encontra-se incluído na Meta 2 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

O provimento jurisdicional recorrido, por sua vez, está fundamentado nos seguintes termos:

> Trata-se de ação pauliana ajuizada pela UNIÃO em face de REGINA MARIA DA SILVA POSSOS, MARCIO APARECIDO POSSOS e JABUTICABA ASSISTÊNCIA TÉCNICA E ADMINISTRAÇÃO DE BENS PRÓPRIOS LTDA., objetivando a anulação ou declaração de ineficácia dos atos de alienação dos bens objetos das matrículas nº 13.202, nº 60.416 e nº 113.386, todos do 1º Cartório de Registro de Imóveis de Ribeirão Preto, SP. A autora requereu, ainda, a concessão de medida cautelar para que seja decretada a indisponibilidade da meação pertencente à corré REGINA MARIA DA SILVA POSSOS, dos imóveis mencionados ou o registro da citação à margem das respectivas matrículas. Aduz, em síntese, que: a) tramita na Justiça Estadual da comarca de Pitangueiras, SP, a execução fiscal nº 459.01.2011.000055-0, movida em face da empresária individual Regina Maria da Silva Possos, tendo por objeto a CDA nº 80 4 10 024703-66; b) o crédito tributário é atinente ao tributo denominado "SIMPLES", do ano-calendário de 2006, cujos vencimentos estão compreendidos entre 20.4.2006 e 22.1.2007, no importe de R$ 378.964,57 (trezentos e setenta e oito mil, novecentos e sessenta e quatro reais e cinquenta e sete centavos), atualizado até março de 2012; c) citada na mencionada execução fiscal, a executada não indicou bens ou direitos para garantia da dívida; e d) em pesquisa realizada junto ao 1º Cartório de Registro de Imóveis de Ribeirão Preto, apurou que, após os respectivos vencimentos, mas antes da inscrição do débito em dívida ativa (1.10.2010), os imóveis mencionados foram alienados, em favor da empresa ré "Jabuticaba Assistência Técnica e Administração de Bens Próprios Ltda.", a título de integralização de capital social, ou seja, a título gratuito. A inicial está instruída com os documentos das fls. 15-80. O despacho da fl. 82 postergou a análise do pedido de liminar para após a vinda das contestações. Os réus apresentaram as contestações das fls. 108-122 e 128-144, aduzindo, preliminarmente, a decadência do direito de ação e, no mérito, requerendo a improcedência dos pedidos. A decisão das fls. 153-154 deferiu a medida liminar requerida, decretando a indisponibilidade das meações dos imóveis em questão, pertencentes à corré REGINA MARIA DA SILVA POSSOS, e que foram objetos de alienação. A decisão da fl. 172 indeferiu a produção da prova pericial requerida, determinando, no entanto, que os imóveis fossem avaliados por oficial de justiça, o que deu ensejo ao agravo de instrumento noticiado às fls. 198-20. Em cumprimento ao mandado de avaliação expedido nestes autos, os imóveis matriculados sob os nº 60.416, nº 13.202 e nº 113.386, todos do 1º Cartório de Registro de Imóveis de Ribeirão Preto, foram avaliados, em sua totalidade, por R$ 629.389,75 (seiscentos e vinte e nove mil, trezentos e oitenta e nove reais e setenta e cinco centavos), R$ 592.115,90 (quinhentos e noventa e dois mil, cento e quinze reais e noventa centavos) e R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), respectivamente (fls. 176-191).Manifestação das partes às fls. 213 e 231-233.Relatei o que é suficiente. Decido. Anoto, inicialmente, que, conforme consignado no artigo 178, inciso II, do Código Civil, é de 4 (quatro) anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado, no caso de fraude contra credores, da data em que se realizou o referido negócio. E, tratando-se de negócio imobiliário, como é o caso dos autos, o termo inicial do prazo decadencial é o dia em que foi feito o registro no respectivo cartório. Nesse sentido: "DIREITO CIVIL. PROCESSO CIVIL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. ANULAÇÃO. DECADÊNCIA. SÚMULA N. 7/STJ. AÇÃO PAULIANA. PRESSUPOSTOS. ATENDIMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO-COMPROVAÇÃO. 1. O termo inicial do prazo decadencial de 4 (quatro) anos para a propositura de ação pauliana cujo fim é a anulação de contrato de compromisso de compra e venda é a data do registro dessa avença no cartório imobiliário, oportunidade em que esse ato passa a ter efeito *erga omnes* e, por conseguinte, validade

contra terceiros.(*omissis*)" (STJ, RESP 200401776853 - 710810, Quarta Turma, DJe 10.3.2008) Considerando-se que os imóveis registrados sob os nº 13.202, nº 60.416 e nº 113.386, no 1º Cartório de Registro de Imóveis de Ribeirão Preto, foram transferidos pelos réus Regina e Márcio à empresa ré em 11.7.2008 (fls. 72, 74-verso e 75-verso), e que a presente ação foi ajuizada em 6.3.2012, não se verifica a ocorrência da decadência, razão pela qual passo à análise da questão que se impõe. Trata-se de ação visando à anulação ou a declaração de ineficácia dos atos de alienação dos bens objetos das matrículas nº 13.202, nº 60.416 e nº 113.386, todos do 1º Cartório de Registro de Imóveis de Ribeirão Preto, SP. O pedido fundamenta-se na alegação de que as alienações implicaram a insuficiência de bens para fazer frente ao crédito tributário, devido pela ré Regina, consubstanciado na CDA nº 80 4 10 024703-66, referente ao tributo denominado "SIMPLES", do ano-calendário de 2006, no importe de R$ 378.964,57 (trezentos e setenta e oito mil, novecentos e sessenta e quatro reais e cinquenta e sete centavos), atualizado até março de 2012. A alegada "fraude contra credores", segundo consta na inicial, consistiria na alienação dos 3 (três) imóveis assinalados, em data posterior às do vencimento dos débitos, compreendidas entre 20.4.2006 e 22.1.2007.A possibilidade de reconhecimento da "fraude contra credores" decorre do princípio geral de que o patrimônio do devedor constitui garantia comum e geral dos respectivos credores. A doutrina indica os três elementos configuradores da fraude contra credores: a anterioridade do crédito, o *eventus damni* e o *consilium fraudis*. O primeiro elemento, previsto no parágrafo 2º do artigo 158 do Código Civil, consiste no fato de que somente são considerados passíveis de lesão os créditos já existentes na data da alienação fraudulenta. Anoto, no entanto, que não se pode exigir do Fisco a mesma dinâmica que caracteriza os negócios particulares, pois o lançamento tributário é ato administrativo vinculado, cujos requisitos são mais rigorosos que os dos atos de direito privado, razão pela qual o crédito tributário não foi constituído em data anterior à das alienações em questão. Ainda é pertinente destacar que, no procedimento administrativo nº 10840.502410/2010-32, foi apurado o crédito tributário do período compreendido entre janeiro e dezembro de 2006, que deu ensejo à inscrição de dívida ativa nº 80 4 10 024703-66 (fls. 29-43). Embora a anterioridade do crédito seja pressuposto da ação pauliana, ela pode ser excepcionada quando verificada a fraude predeterminada em detrimento de credores futuros. Nesse sentido: "PROCESSO CIVIL E CIVIL. MEDIDA CAUTELAR COM O FITO DE CONCEDER EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE DEMONSTRADOS O *PERICULUM IN MORA* E O *FUMUS BONI IURIS*. FRAUDE PREORDENADA PARA PREJUDICAR FUTUROS CREDORES. ANTERIORIDADE DO CRÉDITO. ART. 106, PARÁGRAFO ÚNICO, CC/16 (ART. 158, 2º, CC/02). TEMPERAMENTO. - A jurisprudência deste Tribunal vem admitindo, em hipóteses excepcionais, o manejo da medida cautelar originária para fins de se atribuir efeito suspensivo a recurso especial; para tanto, porém, é necessária a demonstração do *periculum in mora* e a caracterização do *fumus boni juris*, requisitos ausentes na espécie.- O Juiz deve empreender a constante releitura da ordem jurídica, como fenômeno cultural que é, de modo a atender aos novos anseios sociais. A sociedade está em permanente processo de modificação e, com ela, infelizmente, as práticas ilegais e abusivas, de sorte que o Poder Judiciário não pode permanecer inerte ante aos artifícios engendrados por aqueles que, de má-fé, buscam alternativas para burlar o sistema legal vigente.- A interpretação literal do art. 106, parágrafo único, do CC/16, conservada pelo art. 158, 2º, do CC/02, já não se mostra suficiente à frustração da fraude à execução. O intelecto ardiloso é criativo e, através dos tempos, encontra meios de contornar a caracterização da fraude no desfalque de patrimônio para livrá-lo dos credores. Um desses expedientes é o desfazimento antecipado de bens, já antevendo, num futuro próximo, o surgimento de dívidas, com vistas a afastar o requisito da anterioridade do crédito, como condição da ação pauliana. - Nesse contexto, deve-se aplicar com temperamento a regra do art. 106, parágrafo único, do CC/16. Embora a anterioridade do crédito seja, via de regra, pressuposto de procedência da ação pauliana, ela pode ser excepcionada quando verificada a fraude predeterminada em detrimento de credores futuros. Petição inicial

liminarmente indeferida."(STJ, MC 200902036412- 16170, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 18.11.2009)O segundo elemento é o evento danoso, que consiste na redução patrimonial, da qual resulte insuficiência de garantia das dívidas existentes na época da alienação (artigo 158 do Código Civil).Ressalto que "insuficiência" não significa "inexistência" de bens remanescentes, mas que o valor do débito supere o patrimônio ativo do devedor. De fato, a transferência dos imóveis de propriedade dos réus Regina e Márcio reduziu significativamente o patrimônio de Regina. O terceiro elemento está previsto no artigo 159 do Código Civil. Trata-se de elemento subjetivo, consistente na existência da fraude e no conhecimento dos danos resultantes da prática do ato; decorre da notoriedade do estado de insolvência ou da existência de motivo para que esse estado seja conhecido pelo destinatário do bem alienado pelo devedor. É oportuno destacar que a Lei nº 9.249-1995 permite que pessoas físicas transfiram a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens ou direitos pelo valor constante da sua Declaração de Bens ou pelo valor de mercado: "Art. 23. As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado. 1º Se a entrega for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e no art. 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983. 2º Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital". No caso dos autos, no entanto, os 3 (três) imóveis em questão, de propriedade dos réus Regina e Márcio, foram transferidos, à ré "Jabuticaba Assistência Técnica e Administração de Bens Próprios Ltda.", em 11.7.2008, para integralização das quotas de capital pertencentes apenas a Márcio (fls. 72, 74-verso e 75-verso).Destaco, ademais, que, meses após a transferência dos imóveis (em 16.4.2009), o réu Márcio retirou-se do quadro societário da empresa ré (fl. 76-verso).De acordo com as circunstâncias deste caso concreto, o fato de o corréu Márcio ser casado com a corré Regina e ter sido sócio da empresa "Jabuticaba Assistência Técnica e Administração de Bens Próprios Ltda." configura indício de fraude, evidenciando a má-fé e impossibilitando a alegação de ignorância sobre o estado de insolvência de Regina. Ademais, não se exige que o ato seja ilícito ou oculto, nem o propósito deliberado de prejudicar credores. Como já mencionado, as alienações imobiliárias reduziram significativamente o patrimônio de Regina, a qual não demonstrou ostentar patrimônio positivo suficiente para garantir o crédito tributário indicado nos presentes autos. Dessa forma, relativamente às alienações em questão, está satisfatoriamente comprovada a presença dos três elementos caracterizadores da fraude contra credores, impondo-se a procedência do pedido inicial. Anoto, por fim, que a jurisprudência mais recente recomenda que, ante a caracterização de "fraude contra credores", o negócio jurídico não seja desconstituído ou anulado, porquanto a solução mais adequada é a declaração de sua ineficácia. Nesse sentido, também se posicionou o colendo Superior Tribunal de Justiça: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA C. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO. FRAUDE CONTRA CREDORES. NATUREZA DA SENTENÇA DA AÇÃO PAULIANA. EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. DESCONSTITUIÇÃO DE PENHORA SOBRE MEAÇÃO DO CÔNJUGE NÃO CITADO NA AÇÃO PAULIANA. (*omissis*) 2. A fraude contra credores não gera a anulabilidade do negócio - já que o retorno, puro e simples, ao status quo ante poderia inclusive beneficiar credores supervenientes à alienação, que não foram vítimas de fraude alguma, e que não poderiam alimentar expectativa legítima de se satisfazerem à custa do bem alienado ou onerado.3. Portanto, a ação pauliana, que, segundo o próprio Código Civil, só pode ser intentada pelos credores que já o eram ao tempo em que se deu a fraude (art. 158, 2º; CC/16, art. 106, par. único), não conduz a uma sentença anulatória do negócio, mas sim à de retirada parcial de sua eficácia, em relação a determinados credores, permitindo-lhes excutir os bens que foram maliciosamente alienados, restabelecendo sobre eles, não a propriedade do alienante, mas a responsabilidade por suas dívidas.(*omissis*)" (STJ, RESP

200300325449 - 506312, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJU 31.8.2006, p. 198). Diante do exposto, julgo procedente o pedido para declarar ineficazes, perante a União, as alienações realizadas pelos réus Regina Maria da Silva Possos e Marcio Aparecido Possos, dos imóveis registrados no 1º Cartório de Registro de Imóveis de Ribeirão Preto, SP sob as matrículas nº 13.202, nº 60.416 e nº 113.386, confirmando a liminar relativamente a esses bens. Comunique-se o cartório extrajudicial para as anotações pertinentes. Condeno os réus envolvidos em tais alienações ao pagamento pro rata das custas processuais e de honorários advocatícios, estes fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais). P. R. I.

Em nosso ordenamento jurídico, o meio idôneo para reconhecimento da fraude contra credores é a ação pauliana, que possui natureza desconstitutiva, cujo prazo de interposição é decadencial de 4 (quatro) anos, nos termos do art. 178, inciso II, do Código Civil, *verbis*:

> Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:
> I - no caso de coação, do dia em que ela cessar;
> *II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico*;
> III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

Já decidiu a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça que o termo *a quo* da contagem do prazo decadencial, em se tratando de fraude contra credores pela transmissão de imóvel, conta-se da data do registro da respectiva escritura, e não da lavratura desta ou da constituição da empresa na Junta Comercial. Nesse sentido:

> DIREITO CIVIL. PROCESSO CIVIL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. ANULAÇÃO. DECADÊNCIA. SÚMULA N. 7/stj. AÇÃO PAULIANA. PRESSUPOSTOS. ATENDIMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO-COMPROVAÇÃO.
> O termo inicial do prazo decadencial de 4 (quatro) anos para a propositura da ação pauliana cujo fim é a anulação de contrato de compromisso de compra e venda é a data do registro dessa avença no cartório imobiliário, oportunidade em que esse ato passa a ter efeito *erga onmes* e, por conseguinte, validade contra terceiros. (*omissis*)
> (STJ, REsp 200401776853 - 710810, Relator Min. JOÃO OTÁVIO NORONHA, QUARTA TURMA, j. 10/02/2008, p/ unanimidade, DJE 10/03/2008).
>
> DIREITO CIVIL. AÇÃO PAULIANA. FRAUDE NA DOAÇÃO DE IMÓVEIS. PRAZO DE DECADÊNCIA. TERMO INICIAL DA CONTAGEM. CÓDIGO CIVIL. ARTIGO 178, §9º, V, "B", INTERPRETAÇÃO.
> I - em se tratando de ação pauliana em que se postula a invalidação da doação de imóveis com base em alegação de graude, o termo inicial do prazo de decadência conta-se da data do registro da respectiva escritura e não da lavratura desta. Precedentes do STJ.
> II - Recurso especial não conhecido.
> (STJ, REsp 118.051/SP - 1997/0007244-4, Relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro, TERCEIRA TURMA, j. 08/06/2000, p/ unanimidade, DJ 01/08/2000)

De acordo com as matrículas dos imóveis de nº 13.202, nº 60.416 e nº 113.386 (fls. 72/75-v) a transmissão deles à empresa Jabuticaba Assistência Técnica e Administração de Bens Próprios Ltda. foi registrada na escritura dos respectivos imóveis em 11/07/2008. Por sua vez, a União (Fazenda Nacional) propôs a ação pauliana em 06/03/2012, portanto, dentro

do prazo decadencial, motivo pelo qual não há que se falar em decadência da ação.

Sobre a eventual ocorrência de nulidade da sentença pelo cerceamento de defesa e/ou falta de fundamentação na decisão, sem razão os apelantes. Primeiro porque entendo a desnecessidade da prova pericial no presente caso, eis que se trata de matéria unicamente de direito e os documentos acostados aos autos são suficientes para a conclusão do deslinde.

Segundo porque o Magistrado não está obrigado a examinar todos os argumentos ou fundamentos legais trazidos pelas partes, bastando que decline os fundamentos suficientes para lastrear sua decisão, o que ocorreu no presente caso.

Superada a matéria prejudicial, passo a tratar do mérito.

Como cediço, a Ação Pauliana ou Revocatória tem por finalidade específica desfazer atos jurídicos fraudulentos que visam, com a transferência do patrimônio do devedor a terceiro, serem tidos por inatingíveis pelas eventuais execuções, ou ações judiciais, de seus credores.

O Código Civil trata especificamente da ação pauliana, enquanto instrumento adequado para reformar vício social de fraude contra credores, entre seus artigos 158 a 165, afirmando *verbis*:

> Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.
> §1º. Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente.
> §2º. Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles.
> Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.
> Art. 160. Se o adquirente dos bens do devedor insolvente ainda não tiver pago o preço e este for, aproximadamente, o corrente, desobrigar-se-á depositando-o em juízo, com a citação de todos os interessados.
> Parágrafo único. Se inferior, o adquirente, para conservar os bens, poderá depositar o preço que lhes corresponda ao valor real.
> Art. 161. A ação, nos casos dos arts. 158 e 159, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé.
> Art. 162. O credor quirografário, que receber do devedor insolvente o pagamento da dívida ainda não vencida, ficará obrigado a repor, em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores, aquilo que recebeu.
> Art. 163. Presumem-se fraudatórias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor.
> Art. 164. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.
> Art. 165. Anulados os negócios fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores.
> Parágrafo único. Se esses negócios tinham por único objeto atribuir direitos preferenciais, mediante hipoteca, penhor ou anticrese, sua invalidade importará somente na anulação da preferência ajustada.

In casu, a Fazenda Nacional, em sua inicial, apontou que foram localizados bens que compunham o patrimônio da executada, mas foram alienados após a dívida tributária, antes, contudo, da inscrição desta, a saber:

- Imóvel de matrícula nº 13.202: adquirido por Márcio Aparecido Possos, cônjuge da executada, em 21/03/2003, após a celebração do casamento, tendo àquela direito a meação, mas transmitido a Jabuticaba Assistência Técnica e Administração de Bens Próprios Ltda., em 11/07/2008, a título de integralização de capital social;

- Imóvel de matrícula nº 60.416: adquirido por Márcio Aparecido Possos, cônjuge da executada, em 31/01/1996, após a celebração do casamento, tendo àquela direito a meação, mas transmitido a Jabuticaba Assistência Técnica e Administração de Bens Próprios Ltda., em 11/07/2008, a título de integralização de capital social;

- Imóvel de matrícula nº 113.386: adquirido pela executada Regina Maria da Silva Possos, em 11/01/2005, quando já se encontrava casada com Márcio Aparecido Possos, e transmitido a Jabuticaba Assistência Técnica e Administração de Bens Próprios Ltda., em 11/07/2008, a título de integralização de capital social.

Com efeito, para a caracterização da fraude contra credores no direito, de maneira geral, é imprescindível a existência do binômio: *consilium fraudis* e *eventus damni*. Sendo o primeiro definido como o conluio de vontades no intuito de fraudar credores; enquanto o segundo significa a necessidade da ocorrência de dano, isto é, de prejuízo para credores.

Exige-se, além do mais, que a dívida seja anterior ao ato de transmissão, pois a finalidade do instituto é decorrência lógica do princípio da responsabilidade patrimonial, segundo o qual o patrimônio do devedor responde por suas obrigações (art. 789 do CPC/2015).

A anterioridade da dívida, em matéria de crédito tributário, não pode, contudo, ser entendida como a inscrição daquele em dívida ativa, pois, uma vez realizada esta, estaremos no campo da fraude à execução (art. 185 do CTN com redação dada pela LC nº 118/2005). Seu momento de averiguação, portanto, é a data do lançamento tributário.

Em se tratando do SIMPLES NACIONAL, tributo em cobro na execução em desfavor da apelante Regina Maria da Silva Possos, regime compartilhado de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos, abrangendo IRPJ, CSLL, PIS/Pasep, Cofins, IPI, ICMS, ISS e a Contribuição para a Seguridade Social destinada à Previdência Social a cargo da pessoa jurídica (CPP), o lançamento tributário é por homologação, cabendo ao contribuinte a apresentação de declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais.

Portanto, o crédito da Fazenda Nacional nasceu no momento da declaração de rendimentos realizada pela apelante Regina Maria. Como se trata de cobrança do SIMPLES do ano de exercício financeiro de 2006, e a transmissão dos imóveis, cuja meação pertencia àquela executada, ocorreu apenas em 2008, plenamente configurada a anterioridade da dívida.

Resta perquirir se houve dano à União, enquanto credora, e se esse dano tem nexo com o ato de transferência dos imóveis para a empresa jabuticaba.

Quando da inscrição do débito em dívida ativa, em 01/10/2010, o valor devido pela executada à Fazenda Nacional era de R$ 213.467,36 (duzentos e treze mil, quatrocentos e sessenta e seis reais e trinta e seis centavos).

Determinada a citação, nos autos da execução fiscal, por meio de AR, em 18/01/2011, essa não se concretizou, pois a empresa individual encontrava-se desativada na Comarca de Pitangueiras. Foi expedida Carta Precatória para Ribeirão Preto, em 29/03/2011, a fim da citação da executada ocorrer na pessoa de representante legal. Ficou acordado com o Oficial de Justiça que ela seria citada no domicilio de seu advogado.

Ato contínuo, a executada foi citada, oportunidade em que esclareceu não possuir bens penhoráveis, situação a seguir constatada em diligência realizada na sua residência na Rua

Inácio Bruno da Costa (fl. 03).

Em pesquisa processual realizada por esse Relator junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, constatou-se que a União efetuou diversas diligências a fim de localizar bens em propriedade da executada, tendo inclusive requerido prazos de suspensão processual ao Magistrado *a quo*, que foram por 2 (duas) vezes deferidos: 16/05/2012 e 24/10/2012, até que houve a localização dos imóveis objetos da presente ação.

Com efeito, o imóvel de matrícula nº 13.2020, registrado junto ao 1º Cartório de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica de Ribeirão Preto - SP foi adquirido em 21/07/2003 pelo apelante Márcio, casado no regime de comunhão parcial de bens com a apelante Regina Maria; tendo transferido o imóvel para à apelante Jabuticabal em 11/07/2008, matriculando o valor de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais). Nessa época, o valor fiscal do referido era de R$ 126.913,60 (cento e vinte e seis mil, novecentos e treze reais e sessenta centavos), conforma fl. 72.

Já o imóvel de matrícula nº 60.416, também registrado junto ao 1º Cartório de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica de Ribeirão Preto - SP foi adquirido em 31/01/1996 pelo apelante Márcio Aparecido, casado no regime de comunhão parcial de bens com a apelante Regina Maria; tendo transferido o imóvel para à apelante Jabuticabal em 11/07/2008, matriculando o valor de R$ 61.737,00 (sessenta e um mil e setecentos e trinta e sete reais). Nessa época, o valor fiscal do referido era de R$ 111.804,15 (cento e onze mil, oitocentos e quatro reais e quinze centavos), conforme fl. 74-v.

O imóvel de matrícula nº 113.386, registrado no mesmo Cartório de Registro, foi adquirido pela apelante Regina Maria da Silva Possos em 11/01/2005, após o casamento com o apelante Márcio Aparecido; tendo transferido o imóvel para à apelante Jabuticabal em 11/07/2008, matriculando o valor de R$ 12.000,00 (doze mil reais). Não consta o valor fiscal do imóvel (fl. 75-v).

Em todas as matrículas consta que essas transferências aconteceram a título de conferência de bens e dação em pagamento, o que configuraria a onerosidade do negócio jurídico. Sem razão os embargantes.

Como cediço, a dação em pagamento é forma de extinção da obrigação, caracterizada pelo consentimento do credor em receber objeto diverso ao da prestação originalmente pactuada (art. 356 do CC), configurando forma de adimplemento indireto. Para sua ocorrência faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, a saber:

I - Acordo entre o credor e o devedor;

II - Diversidade entre a prestação devida e a que é oferecida em substituição;

III - o vínculo obrigacional entre as partes deve ser preexistente, sob pena de estar, na prática, ocorrendo simples doação.

Sobre a necessidade de vínculo obrigacional preexistente entre as partes já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, *mutatis mutandis*:

> DAÇÃO EM PAGAMENTO. DÉBITO ALIMENTAR.
> Trata-se na origem de ação anulatória de ato jurídico intentada por menor representada por sua genitora, visando anular alegada doação de seu pai a seus irmãos havidos de pretérito casamento com outra pessoa. Tal ação foi julgada improcedente em primeiro grau, reformada, contudo, em grau de apelação, sob o argumento de que se tratou, em verdade, de doação, preterindo-se o direito da filha havida da segunda relação conjugal, que, à época do referido acordo, já era nascida. Para o Min. Relator, a despeito da aparente complexidade do caso,

> em verdade, ocorreu tão somente confusão terminológica quando se adotou o vocabulário "doação" quando haveria de ter-se pronunciado como "dação em pagamento", como adimplemento da obrigação de alimentos. Com efeito, a transferência pelo genitor do seu percentual do bem imóvel partilhado a seus filhos da primeira relação conjugal teve como objetivo e essência quitar o débito alimentar e eximi-lo da prisão civil decorrente de sua não prestação, afastando-se, assim, de qualquer intenção de preterir a filha do segundo relacionamento em virtude de suposto adiantamento da legítima. Ressaltou que, no momento da transferência, também foi dada plena quitação pelos credores dos alimentos, caracterizando, sobremaneira, o instituto da dação em pagamento. Assim, *na hipótese, não se configurou uma liberalidade do genitor, o que evidentemente caracterizaria uma doação. Ao contrário, o negócio jurídico realizou-se para o adimplemento, o pagamento de uma dívida, tal qual se daria caso o devedor dos alimentos vendesse sua parte do imóvel e, com o dinheiro em mãos, efetuasse o pagamento de seu débito.*
> (STJ, REsp 629.117-DF 2004/0018949-5, Relator: Desembargador Convocado do TJ/AP HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO. Data de Julgamento 10/11/2009, QUARTA TURMA. DJe 23/11/2009) [Grifei]

Em pesquisa no site da JUCESP- Junta Comercial do Estado de São Paulo, esse Relator constatou que a empresa apelante, JABUTICABA ASSISTÊNCIA TÉCNICA E ADMINISTRAÇÃO DE BENS E PRÓPRIOS LTDA., foi constituída em 07/02/2008 pelo apelante Marcio Aparecido Possos, cônjuge da apelante Regina Maria, em conjunto com Marcos Aparecido Possos e Oscar Terencio da Silva.

Em 16/04/2009, pouco mais de um ano após a constituição da empresa, Marcio Aparecido Possos se retirou da sociedade, oportunidade em que, presume-se, recebeu pela sua cota de participação na sociedade da qual se retirava. Mas desse valor, ao qual metade a apelante Regina Maria, por direito de meação, fazia jus, não há notícias.

Portanto, não há razão a alegação dos apelantes de que a subscrição de capital social não levou a redução do patrimônio, visto que as cotas sociais da empresa possuem valor, pois, com a retirada do apelante Márcio da empresa, suas cotas foram alienadas, não existindo mais.

Ademais, a própria apelante Regina Maria afirmou ao oficial de justiça que não possuía bens para satisfação da sua dívida tributária.

Sendo assim, salta aos olhos a tentativa de dilapidação patrimonial encetada através da suspeitíssima transferência dos únicos bens de Regina Maria e seu cônjuge à empresa Jabuticaba.

O magistrado quando se depara com situações de fraude deve agir eficazmente para impedir a perpetuação de eventuais ilícitos perpetrados pelos devedores quando intentam prejudicar ou até frustrar a satisfação de crédito público. Essa é a conduta esperável do bom Juiz, que assim procedeu no caso *sub judice*.

Ex positis, voto por negar provimento aos recursos de apelação de REGINA MARIA DA SILVA POSSOS, MARCIO APARECIDO POSSOS e JABUTICABA ASSISTÊNCIA TÉCNICA E ADMINISTRAÇÃO DE BENS PRÓPRIOS LTDA., mantendo a r. sentença de fls. 236/238, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL
0009095-09.2016.4.03.6100
(2016.61.00.009095-2)

Parte Autora: QUALICORP CORRETORA DE SEGUROS S/A
Parte Ré: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: ReeNec 369445
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/10/2018

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL. ADICIONAL DE 2,5%. EMPRESAS CORRETORAS DE SEGUROS. ILEGALIDADE DO ATO.
- Caso em que a empresa impetrante, como mera intermediária na captação de interessados, não se equipara aos sujeitos passivos relacionados no artigo 22, §1º, da Lei 8.212/91. Precedentes do STJ e desta Corte. Ilegalidade do ato da autoridade impetrada exigindo o recolhimento do adicional de contribuição previdenciária patronal, no percentual de 2,5%, com base no referido preceito legal.
- Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 09 de outubro de 2018.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato do Delegado da Receita Federal do Brasil em São Paulo acoimado de violação a direito líquido e certo da impetrante.

A sentença de fls. 96/99, aclarada à fl. 109, concedeu a ordem.

Sem recurso voluntário subiram os autos por força da remessa oficial, o Ministério Público manifestando-se pela ausência de interesse no feito.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

Debate-se nos autos sobre a legalidade do ato da autoridade impetrada em compelir a impetrante ao recolhimento do adicional de contribuição previdenciária patronal, no percentual de 2,5%.

A sentença proferida concluiu pela ilegalidade do ato, entendendo seu prolator que:

> Assim, a Impetrante ajuíza a presente ação mandamental que visa afastar a obrigatoriedade do recolhimento do aludido adicional, defendendo a impossibilidade de equiparação das empresas corretoras de seguro com agentes autônomos de seguros privados ou sociedades corretoras. De fato, as corretoras de seguros distinguem-se das sociedades corretoras, dos agentes autônomos de seguros e das empresas de seguros privados. As corretoras de seguros, como é o caso da Impetrante, são meras intermediárias da captação de interessados na realização de seguros. De outra parte, as sociedades corretoras de valores mobiliários são aquelas autorizadas pelo governo federal a realizarem a intermediação obrigatória para a concretização de negócios jurídicos nas bolsas de mercadorias e futuros. Destinam-se à distribuição de títulos e valores mobiliários. Tais sociedades exercem atividade típica das instituições financeiras ou a elas equiparadas, não se enquadrando, neste particular, às corretoras de seguros. As corretoras de seguros também não se equiparam aos agentes autônomos de seguros privados, que têm suas atividades regulamentadas pela Lei nº 4.886/65, enquanto os corretores de seguros são disciplinados pelo regime jurídico estabelecido no Decreto-lei nº 73/66. Por sua vez, as empresas de seguros privados diferem das corretoras de seguros, na medida em que, de fato, efetuam operações de seguro. Assim, o adicional de contribuição previdenciária patronal fixado pelo artigo 22, 1º, da Lei federal n. 8.212, de 1990, não se aplica à Impetrante, empresa corretora de seguros, uma vez que ela não se enquadra em nenhuma das pessoas jurídicas enumeradas pelo dispositivo. (...) Nesses termos, a cobrança do adicional de contribuição previdenciária patronal da Impetrante configura violação a direito líquido e certo, razão pela qual é de rigor a concessão da segurança. (...)Na esfera de custeio da previdência social, o regime jurídico da compensação sofreu diversas alterações, desde sua instituição, com a Lei n. 8.383/91, até a recente reforma promovida pela Medida Provisória n. 449/08, convertida na Lei n. 11.941/09. No conflito de leis no tempo aplica-se a regra *tempus regit actum*, de forma que à compensação pleiteada em juízo aplica-se à lei vigente à data da propositura da ação, no caso, o do art. 89 da Lei n. 8.212/91, com redação dada pela Lei n. 11.941/09, e arts. 44 a 47 da IN n. 900/08, que compensação de contribuições previdenciárias correspondentes a períodos subsequentes, mas não a compensação com tributos de outras destinações e espécies. Assim, resta aos impetrantes apenas o direito à compensação sob a égide do regime jurídico ora vigente, com contribuições previdenciárias de períodos subsequentes e mediante os procedimentos da IN n. 900/08, em que não vislumbro ilegalidade. (...) Assim, a compensação do indébito deverá ser sob o regime vigente, do art. 89 da Lei n. 8.212/91, com redação dada pela Lei n. 11.941/09, e arts. 44 a 47 da IN n. 900/08, não aplicáveis as limitações da legislação anterior revogadas ou incompatíveis. A correção monetária e os juros na restituição de indébito tributário devem observar a taxa SELIC desde o recolhimento indevido, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a SELIC inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real. (1ª Turma - Min. Teori Albino Zavascki - Resp nº 952809/SP- 04/09/2007).

Ponho-me de acordo com a sentença proferida.

Com efeito, como mera intermediária na captação de interessados a empresa impetrante

não se equipara aos sujeitos passivos relacionados no preceito legal, entendimento ao qual não falta apoio na jurisprudência do E. STJ, conforme precedentes citados na sentença, também cabendo o destaque dos a seguir colacionados, inclusive sob o regime dos recursos repetitivos:

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA N. 284/STF. COFINS. SOCIEDADES CORRETORAS DE SEGURO. EQUIPARAÇÃO COM AGENTE AUTÔNOMO DE SEGURO. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 22, §1º, DA LEI 8.212/91 APLICADO À COFINS POR FORÇA DO ART. 3º, §6º DA LEI N. 9.718/98 E ART. 18 DA LEI 10.684/2003. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA (4%) PREVISTA NO ART. 18 DA LEI 10.684/2003.
> 1. Não merece conhecimento o recurso especial que aponta violação ao art. 535, do CPC, sem, na própria peça, individualizar o erro, a obscuridade, a contradição ou a omissão ocorridas no acórdão proferido pela Corte de Origem, bem como sua relevância para a solução da controvérsia apresentada nos autos. Incidência da Súmula n. 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".
> *2. Não cabe confundir as "sociedades corretoras de seguros" com as "sociedades corretoras de valores mobiliários" (regidas pela Resolução BACEN n. 1.655/89) ou com os "agentes autônomos de seguros privados" (representantes das seguradoras por contrato de agência). As "sociedades corretoras de seguros" estão fora do rol de entidades constantes do art. 22, §1º, da Lei n. 8.212/91.*
> 3. Precedentes no sentido da impossibilidade de enquadramento das empresas corretoras de seguro como sociedades corretoras: 3.1) Primeira Turma: AgRg no AgRg no REsp 1132346 / PR, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 17/09/2013; AgRg no AREsp 307943 / RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 03/09.2013; AgRg no REsp 1251506 / PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 01/09/2011; 3.2) Segunda Turma: REsp 396320 / PR, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julgado em 16.12.2004.
> 4. Precedentes no sentido da impossibilidade de equiparação das empresas corretoras de seguro aos agentes de seguros privados: 4.1) Primeira Turma: AgRg no AREsp 441705 / RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 03/06/2014; AgRg no AREsp 341247 / RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 22/10/2013; AgRg no AREsp 355485 / RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 22/10/2013; AgRg no REsp 1230570 / PR, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 05/09/2013; AgRg no AREsp 307943 / RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 03/09/2013; AgRg no REsp 1251506 / PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 01/09/2011; REsp 989735 / PR, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 01/12/2009; 4.2) Segunda Turma: AgRg no AREsp 334240 / RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 20/08/2013; AgRg no AREsp 426242 / RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 04/02/2014; EDcl no AgRg no AREsp 350654 / RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10/12/2013; AgRg no AREsp 414371 / RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 05/12/2013; AgRg no AREsp 399638 / SC, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 26/11/2013; AgRg no AREsp 370921 / RS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 01/10/2013; REsp 1039784 / RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 07/05/2009.
> 5. Precedentes superados no sentido da possibilidade de enquadramento das empresas corretoras de seguro como sociedades corretoras: 5.1) Segunda Turma: AgRg no AgRg no AREsp 333496 / SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 10.09.2013; AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 342463/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 26.11.2013; REsp 699905 / RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 05.11.2009; AgRg no REsp 1015383 / RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 19/05/2009; REsp 1104659 / RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 05/05/2009; REsp 555315/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Rel. p/ acórdão Min. Castro Meira, julgado em 21/06/2007.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/08.
(REsp 1391092/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2015, DJe 10/02/2016)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COFINS. ALTERAÇÃO DE ALÍQUOTA PARA 4%. ART. 18 DA LEI 10.684/2003. EXTENSÃO ÀS SOCIEDADES CORRETORAS DE SEGUROS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS DE N. 1.391.092-SC E 1.400.287-RS.
1. A Primeira Seção, por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais Repetitivos de n. 1.391.092-SC e 1.400.287-RS, ambos da relatoria do Sr. Ministro Mauro Campbell, sob o rito do artigo 543-C do CPC, decidiu que: (i) as sociedades corretoras de seguros não são equiparadas aos agentes autônomos, em razão das especificidades e diferenças das atividades desenvolvidas por cada uma, nos termos da jurisprudência já pacificada desta Corte; e (ii) as empresas corretoras de seguros, cujo objeto social se refere às atividades de intermediação para captação de clientes (segurados), não se enquadram no rol das sociedades corretoras, previstas no art. 22, § 1º, da Lei nº 8.212/91, porquanto estas destinam-se à distribuição de títulos e valores mobiliários.
2. Embargos de divergência providos.
(EAREsp 342.463/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2015, DJe 01/06/2015)

TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA DA COFINS DE 3% PARA 4% - LEI 10.684/2003 - SOCIEDADES CORRETORAS DE SEGURO - ROL DO ART. 22, §1º, DA LEI 8.212/91 - INAPLICABILIDADE.
1. "O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que as Sociedades Corretoras de Seguros, responsáveis por intermediar a captação de interessados na realização de seguros, não podem ser equiparadas aos agentes de seguros privados (art. 22,§ 1º, da Lei 8.212), cuja atividade é típica das instituições financeiras na busca de concretizar negócios jurídicos nas bolsas de mercadorias e futuros. Dessa forma, a majoração da alíquota da Cofins (art. 18 da Lei 10.684/2003), de 3% para 4%, não alcança as corretoras de seguro" (AgRg no AREsp 334.240/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 12/9/13).
2. Agravo regimental não provido.
(AgRg no AREsp 399.638/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 03/12/2013)

Outro não é o entendimento desta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DA COFINS POR FORÇA DO PAGAMENTO REALIZADO NOS TERMOS DO ARTIGO 39, DA LEI Nº 12.865/13. IMPOSSIBILIDADE. CORRETAGEM DE SEGUROS. - NÃO INCLUSÃO NO ROL DO § 1º DO ART. 22 DA LEI 8.212/91 - PARA FINS DE FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL. RECURSO IMPROVIDO.
1. Resta consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tanto em sede de embargos de divergência quanto em julgado submetido ao rito do artigo 543-C do CPC (REsp 1.391.092/SC e 1.400.287/RS), no sentido de que as empresas corretoras de seguro não estão abrangidas pelo rol do artigo 22, §1º da Lei 8.212/1991.
2. No caso, a empresa agravada possui o seguinte objeto social: A sociedade terá por objeto social a administração e corretagem de seguros de ramos elementares, vida, capitalização, planos previdenciários e saúde (fls.108).

3. Como se observa, a agravada é pessoa jurídica que tem por objeto social principal a corretagem de seguros, o que, nos termos da jurisprudência consolidada, não se confunde com a figura da sociedade corretora prevista no § 1º, do artigo 22, da Lei 8.212/1991, para fins de fruição do benefício fiscal mencionado.
4. Ademais, conforme se observa da r. decisão agravada, o MM. Juízo *a quo*, diante do não enquadramento da executada como instituição financeira, já determinou a substituição da CDA para diminuir a alíquota de 4% para 3%, não havendo em que se falar em que restou duplamente prejudicada. (fl. 149).
5. E, ainda, foi relatado pela r. decisão de origem que a carta convite foi destinada a empresa diversa da executada e o pedido de pagamento com os benefícios do art. 39 da Lei nº 12.865/13 foi indeferido administrativamente. Com razão, pois da leitura da carta convite verifica-se que o CNPJ é diverso da empresa executada (fl. 122).
6. Agravo de instrumento improvido.
(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 572599 - 0028973-18.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 07/12/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/02/2018)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. COFINS. MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA PARA 4%. ART. 18 DA LEI 10.684/2003 C/C ART. 3º, § 6º DA LEI 9.718/98 E ART. 22, § 1º DA LEI 8.212/91. DIFERENÇA ENTRE OS TERMOS "SOCIEDADES CORRETORAS DE SEGUROS" E "EMPRESAS CORRETORAS DE SEGUROS" E "AGENTES AUTÔNOMOS DE SEGUROS PRIVADOS". NÃO INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA MAJORADA PARA "EMPRESAS CORRETORAS DE SEGUROS". RECURSO DESPROVIDO.
1. Encontra-se consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tanto em sede de embargos de divergência quanto em julgado submetido ao rito do artigo 543-C do CPC (REsp 1.391.092/SC e 1.400.287/RS, cujos acórdãos ainda não foram publicados), no sentido de que as empresas corretoras de seguro não estão abrangidas pelo rol do artigo 22, §1º da Lei 8.212/1991 - e, por consequência, não estão submetidas à majoração da alíquota da COFINS estabelecida pelo artigo 18 da Lei 10.684/2003.
2. Caso em que a empresa agravada possui o seguinte objeto social: "a consultoria e corretagem de seguros de ramos elementares, vida, saúde, planos previdenciários, capitalização, intermediação de produtos financeiros e de crédito, como consórcios, leasing, financiamentos, cartão de crédito, produtos de alarmes, monitoramento, telefonia móvel, equipamentos de rastreamento e demais intermediações de serviços em geral, assessoria e administração de negócios sobre os assuntos relacionados a esse objeto social, bem como a intermediação de títulos e valores mobiliário".
3. Como se observa, a agravada é pessoa jurídica que tem por objeto social principal a corretagem de seguros, o que, nos termos da jurisprudência consolidada, não se confunde com a figura da sociedade corretora prevista no § 1º, do artigo 22, da Lei 8.212/1991, para fins de majoração da alíquota de COFINS pelo artigo 18 da Lei 10.684/2003, pelo que impertinente a invocação da cláusula de reserva de plenário.
4. Agravo inominado desprovido.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 570080 - 0026319-58.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/01/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/01/2016)

No tocante à compensação, verifica-se que foi determinada a observância do prazo prescricional de 5 anos, reconhecida a impossibilidade de compensação com tributos de outra destinação e espécies, correção monetária com aplicação da SELIC, ressalvando que a compensação só poderá ocorrer após o trânsito em julgado e quanto às limitações também desvelando-se

correta a sentença ao aduzir que não são aplicáveis, porque o entendimento da Corte Superior é de que se aplica à compensação a legislação vigente à época da propositura da ação (Recurso repetitivo REsp 1.137.738/SP) e na hipótese a ação foi proposta após a entrada em vigor da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, que revogou o §3º do art. 89 da Lei nº 8.212/91, excluindo as limitações à compensação impostas pelas Leis nº 9.032/95 e nº 9.129/95. Neste sentido: REsp 1170425/SC, Rel. Ministro Castro Meira, 2ªT., j. 04.05.2010, un., DJ 17.05.2010; REsp 1.248.590/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 27.06.2011.

Diante do exposto, nego provimento à remessa oficial.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CÍVEL
0013366-33.2018.4.03.9999
(2018.03.99.013366-9)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelado: PEDRO JOSE ROLAND PEIRO
Origem: JUÍZO DE DIREITO DE BEBEDOURO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES
Classe do Processo: Ap 2303748
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/10/2018

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO EM EXECUÇÃO FISCAL. ARTIGO 185 DO CTN. CASO CONCRETO - APLICAÇÃO DA REDAÇÃO ANTERIOR AO INÍCIO DA VIGÊNCIA DA LC Nº 118/05. IMÓVEL DOADO POR COEXECUTADO E REVENDIDO PELO COMPRADOR AOS EMBARGANTES (ALIENAÇÕES SUCESSIVAS). PRIMEIRA ALIENAÇÃO POSTERIOR À CITAÇÃO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. CARACTERIZAÇÃO.

1. Trata-se de apelação da União Federal contra sentença que julgou procedentes os embargos de terceiro. Entendeu o d. Juízo que a doação do imóvel ocorreu anteriormente à inclusão do sócio no polo passivo da execução fiscal, Ademais, concluiu que foi comprovada a boa-fé do embargante, uma vez que adquiriu o bem de terceiro não integrante do processo executivo.

2. Nos termos estabelecidos pelo STJ no julgamento do REsp nº 1.141.990/PR (Tema nº 290), a averiguação acerca da caracterização da fraude à execução fiscal deve ter como premissa o marco temporal da alienação questionada. Se o bem foi alienado até 08/06/2005, faz-se necessária a prévia citação no processo judicial para que fique configurada a fraude em tela. Se o ato translativo da propriedade foi praticado a partir de 09/06/2005 (início da vigência da LC nº 118/05, que alterou a redação do artigo 185 do CTN), restou firmada a tese de que a caracterização da fraude à execução requer apenas que a alienação tenha sido efetivada após a inscrição de débito fiscal em dívida ativa.

3. A alienação do bem realizada por sócio-gerente antes do redirecionamento da execução fiscal não configura a fraude prevista no art. 185 do CTN. Isso porque, até sua inclusão no polo passivo da execução, não é possível considerá-lo devedor do débito em cobro.

4. Hipótese em que a citação do executado no processo judicial (alienante originário, DIMER PIOVESAN), ocorrida em 15/07/1999 (fls. 121), antecedeu a doação (27/09/2000, fls. 40 Vº), bem como pelo fato de não ter ficado comprovada eventual solvabilidade da executada, ônus que competia aos embargantes.

5. Nos termos expressos precedente paradigmático do STJ, trata-se de presunção absoluta de fraude, afigurando-se irrelevante eventual circunstância de índole subjetiva - tal como a boa-fé.

6. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação para julgar improcedentes os presentes embargos de terceiro (art. 487, I, do CPC), bem como para condenar a embargante no pagamento de honorários advocatícios fixados em dez por cento sobre o valor atualizado da causa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 11 de outubro de 2018.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora):

Trata-se de apelação da União Federal em face de sentença que julgou procedentes os embargos de terceiro. Entendeu o d. Juízo que restou comprovada a boa-fé do adquirente do imóvel, assim como que a citação do alienante na execução fiscal ocorreu após a transferência do bem. Houve condenação em custas e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor atualizado da causa.

A União sustentou que, ao contrário do que constou na sentença, o alienante já havia sido citado na execução fiscal em momento anterior à doação do imóvel. Desse modo, asseverou que deve ter prevalência a presunção de fraude prevista no art. 185 do CTN. Ademais, sustentou que a ocorrência de sucessivas alienações não tem o condão de afastar a determinação legal, presentes os requisitos que tornam a alienação fraudulenta.

Com apresentação de contrarrazões (fls. 162/169), os autos subiram a esta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora):

Trata-se de apelação da União Federal contra sentença que julgou procedentes os embargos de terceiro. Entendeu o d. Juízo que a doação do imóvel ocorreu anteriormente à inclusão do sócio no polo passivo da execução fiscal. Ademais, concluiu que foi comprovada a boa-fé do embargante, uma vez que adquiriu o bem de terceiro não integrante do processo executivo.

Acerca da fraude à execução fiscal, cumpre consignar inicialmente que o STJ elevou a matéria à sistemática dos recursos repetitivos em 19/10/2009 (Tema nº 240 - Resp nº 1.141.990/PR). No julgamento ocorrido em 10/11/2010, foram estabelecidos os parâmetros a serem observados na análise de cada caso concreto.

Segue a ementa do precedente em apreço:

> 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 derrogat 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. (sem grifos no original)
(STJ, REsp 1141990/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/11/2010, DJe 19/11/2010)

Desta forma, foi definido que a Súmula nº 375 do STJ não se aplica às execuções fiscais, diante da existência de disposição específica sobre o tema na seara tributária (artigo 185 do CTN). Restou assentado também que a caracterização da fraude à execução requer que não esteja demonstrado nos autos que o sujeito passivo (executado) dispõe de outros ativos capazes de efetuar a quitação do débito.

No mais, a averiguação acerca da caracterização da fraude à execução fiscal deve ter como premissa o marco temporal da alienação questionada, a saber:

a) se alienado o bem pelo executado até 08/06/2005, faz-se necessária a prévia citação deste no processo judicial para que fique configurada a fraude em tela;

b) se a transmissão da propriedade ocorre a partir de 09/06/2005 (início da vigência da LC nº 118/05, que alterou a redação do artigo 185 do CTN), restou firmada a tese de que a caracterização da fraude à execução requer apenas que a alienação tenha sido efetivada após a inscrição de débito fiscal em dívida ativa.

Nos termos expressos no precedente paradigmático em apreço, trata-se de presunção absoluta de fraude, afigurando-se irrelevante eventual circunstância de índole subjetiva - tal como a boa-fé.

Se caracterizada a fraude à execução, caberá ao órgão julgador declarar a ineficácia da alienação fraudulenta e, por conseguinte, a legitimidade da penhora realizada.

Ademais, sobreleva destacar que a alienação do bem realizada por sócio-gerente antes do redirecionamento da execução fiscal não configura a fraude prevista no art. 185 do CTN. Isso porque, até sua inclusão no polo passivo da execução, não é possível considerá-lo devedor do débito em cobro. Nesse sentido, é a remansosa jurisprudência do STJ:

> TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ALEGAÇÃO DE FRAUDE À EXECUÇÃO. REDIRECIONAMENTO POSTERIOR AOS ATOS DE ALIENAÇÃO. FRAUDE À EXECUÇÃO AFASTADA.
> I - Recurso Especial interposto contra acórdão que rejeitou a configuração da fraude à execução fiscal. A execução fiscal versa sobre tributos inscritos na dívida ativa da União em 1996, com decisão de redirecionamento em 16.12.2015. Os imóveis foram alienados em 3.3.2005 e 10.5.2010.
> *II - Se a execução fiscal é proposta apenas contra a pessoa jurídica, o sócio-gerente apenas se torna devedor quando deferido o redirecionamento. A lógica interpretativa do art. 185 do CTN não se estende àquele que nem sequer é devedor. Assim a fraude à execução apenas se configura quando demonstrado que a alienação do bem pertencente ao sócio da empresa devedora ocorreu após o efetivo redirecionamento do pleito executivo.*
> III - Considerando, que "os imóveis a que se refere a Fazenda Nacional foram alienados pelos coexecutados a terceiros em 10/5/2010 e 3/3/2005, conforme extratos de fls. 364 e 371" (fl. 469), a alienação ocorreu antes da citação dos réus, decorrente do redirecionamento da execução fiscal, não sendo possível a configuração de fraude à execução.
> IV - Agravo interno improvido.
> (AgInt no REsp 1662271/PE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 26/09/2017)

Perfilhando o mesmo entendimento, são os seguintes julgados desta Turma:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO EM EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE IMÓVEL ALIENAÇÃO APÓS INCLUSÃO DO SÓCIO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ART. 185, CTN. RESP 1141990/PR. INOCORRÊNCIA. FALÊNCIA. ENCERRAMENTO REGULAR DA PESSOA JURÍDICA. SÚMULA 430, STJ. NÃO COMPROVADA A PRÁTICA DE ATOS DE INFRAÇÃO NA GESTÃO DA EMPRESA. ART. 135, CTN. RESP 1101728/SP. PRÉVIA INTIMAÇÃO PARA MANIFESTAÇÃO A RESPEITO TAIS QUESTÕES. PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA. ARTS. 9º E 10, CPC. INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA. HONORÁRIOS. DECISÃO DO MIN. GILMAR MENDES NA AO 506/AC. NORMA VIGENTE NA DATA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. CONSTRIÇÃO CANCELADA. APELAÇÃO PROVIDA.
> 1. Na espécie, o juízo *a quo* entendeu que o imóvel penhorado foi alienado em fraude à execução, baseando-se no art. 593, do CPC/1973, e na súmula 375, do STJ.
> 2. Ocorre que as normas processuais civis em matéria de fraude à execução e a súmula 375 não se aplicam aos executivos fiscais, os quais se sujeitam ao regime especial do art. 185, do CTN, conforme assentado pelo STJ no representativo de controvérsia REsp 1141990/PR.
> 3. Relativamente aos negócios jurídicos celebrados sob a redação original do art. 185, do CTN, a fraude é presumida a partir da citação válida do executado; nas transações realizadas depois das alterações da LC n. 118/2005, configura-se a fraude desde a mera inscrição em dívida ativa.
> *4. Na hipótese de redirecionamento da execução aos sócios, a fraude resta caracterizada quando a alienação é realizada após seu ingresso no polo passivo da demanda. Precedentes do STJ.*

(...)
15. Apelação provida.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2219740 - 0003984-50.2017.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 18/04/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/04/2018)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE DIRETA DO SÓCIO. SOCIEDADE LIMITADA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. APELAÇÃO PROVIDA.
1. Trata-se de recurso de apelação interposto por JORGE BERNARDES FERREIRA e LEDA REGINA DOS SANTOS em face da r. sentença de fls. 90/93 que, em autos de embargos de terceiro, julgou improcedente os embargos, reconhecendo a fraude em execução e, em consequência declarar a ineficácia da alienação do imóvel matrícula nº 91.767 do Cartório de Registro de Imóveis do Guarujá. Houve ainda a condenação dos embargantes, ora apelantes, ao pagamento de honorários advocatícios, que foram fixados em R$ 1.000,00 (um mil reais).
2. O Superior Tribunal de Justiça apaziguou os critérios para a configuração de fraude à execução fiscal no julgamento do REsp n. 1.141.990/PR, submetido à sistemática dos recursos repetitivos.
A fraude à execução fiscal é, dessa forma, regida pela norma vigente à época da alienação, concluindo-se que, em relação aos negócios jurídicos celebrados na vigência da redação original do art. 185, *caput*, do CTN, a fraude é presumida somente a partir da citação válida do executado; quanto às transações realizadas posteriormente à LC n. 118/2005, configura-se a fraude desde a mera inscrição do débito tributário em dívida ativa.
3. Deveras, restou assentado pela Corte Superior que as disposições processuais civis em matéria de fraude à execução não se aplicam aos executivos fiscais, os quais se sujeitam ao específico regramento do aludido art. 185, do Código Tributário Nacional. É que o Código Tributário é norma especial em relação ao Código de Processo Civil e disciplina a fraude à execução de modo mais favorável ao credor fazendário e mais rigoroso ao devedor, uma vez que estão em jogo créditos de natureza pública.
4. Consignou o STJ, ainda, que o enunciado de sua súmula n. 375 também não é aplicável no âmbito das execuções de dívidas tributárias, não se exigindo, para o reconhecimento da fraude à execução fiscal, que a constrição judicial seja prévia e tornada pública por meio de averbação em cartório. A má-fé é presumida de forma absoluta.
5. A boa-fé do terceiro e seu desconhecimento da existência do débito tributário ou da execução fiscal são irrelevantes para descaracterizar a fraude à execução fiscal, sendo dispensada a necessidade de comprovação, pelo credor, de conluio ou má-fé.
6. Da simples leitura do fato se constata que a alienação do imóvel ocorreu após a propositura da execução contra a empresa, mas antes da inclusão e citação do sócio sobre a sua responsabilidade pessoal, o que descaracteriza, portanto, a fraude à execução, pois quando da alienação de seu bem pessoal, o sócio ainda não era o responsável direto pelas dívidas da empresa, eis que esta era constituída na forma limitada.
7. Para que reste configurada a fraude à execução é necessária que a alienação tenha sido feita posteriormente à citação do devedor direito, a contar da data da dissolução irregular, para que assim o sócio tenha sido integrado e citado antes da realização do negócio jurídico impugnado.
8. Apelação provida.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2256720 - 0023488-42.2017.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 06/12/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/12/2017)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCLUSÃO DE SÓCIO. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. CITAÇÃO. FRAUDE À EXECUÇÃO. INE-

> XISTÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.
> 1. Consagrado o entendimento de que se aplica a regra do "tempus regit actum" para definir a legislação aplicável no caso de alienação com suposta fraude à execução, assim, no caso, como o negócio jurídico questionado foi celebrado em 26/08/2004, aplica-se o regime legal anterior à LC 118/2005, acerca do qual se consolidou a orientação da jurisprudência.
> 2. No caso, o imóvel foi adquirido por Alvaro Verissimo Gomes e Sonia Aparecida Dutra Gomes e alienado, por escritura pública, 26/08/2004. Por sua vez, Alvaro Verissimo Gomes e Sonia Aparecida Dutra Gomes foram citados na execução fiscal, como responsáveis tributários, em 21/01/2005. *As citações dos coexecutados foram, pois, efetivadas depois da alienação do imóvel, de que eram coproprietários, não estando configurada a situação versada no artigo 185 do CTN, na redação anteriormente vigente* ("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").
> 3. Agravo inominado desprovido.
> (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1174724 - 0004805-06.2007.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 17/07/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/07/2014)

Passo à análise do caso concreto.

Inicialmente, destaco que o Juízo *a quo* entendeu que o "alienante (executado), ainda não havia sequer sido citado da execução, não demonstrando o contrário o documento de fls. 121, *pois ali está expressamente consignado que a citação efetuada foi a da empresa executada, na pessoa de seu representante legal, e não do doador, pessoa física que somente passou a integrar a relação processual, por redirecionamento vários anos depois*" (fls. 147, grifado).

Contudo, contrariamente ao que constou na sentença, de nenhum dos documentos acostados aos autos é possível extrair que o doador DIMER PIOVEZAN, pessoa física, somente passou a integrar a execução fiscal vários anos após a doação.

De outro modo, consta nos autos que, anteriormente à doação (efetivada por DIMER PIOVEZAN em *27/09/2000*, conforme consta no Registro do Imóvel - fls. 40, vº), já havia sido proferido, em *01/06/1999*, o seguinte despacho no bojo da execução fiscal: "Defiro a inclusão do sócio DIMER PIOVEZAN, no polo passivo da presente, citando-o dos termos da ação para querendo no prazo de cinco (05) dias efetuar o pagamento do débito, sob pena de penhora".

Por sua vez, em *15/07/1999*, certificou o Oficial de Justiça nos autos da execução fiscal que "em cumprimento ao mandado anexo, extraído dos autos de nr. 126/97, me dirigi no endereço declinado e ali sendo, CITEI *o executado OLMA TRANSPORTES LTDA* na pessoa do presente legal e *co-executado DIMER PIOVEZAN*, dos termos da ação ora lhes movida, cuja cópia da peça exordial, após, terem ouvido sua leitura, bem ciente ficaram de seu conteúdo, exarando sua assinatura no mandado, aceitando a contra-fé oferecida" (sic, fls. 121).

Diante do teor da certidão, merece reparos a sentença na parte em que reconheceu ter sido citada apenas OLMA TRANSPORTES LTDA naquela diligência.

Ora, no momento em que a diligência foi cumprida pelo Oficial de Justiça, repise-se, já havia sido exarada decisão datada de 01/06/1999 em que foi determinada a inclusão de DIMER PIOVEZAN no polo passivo da execução. Ademais, da leitura documento, verifica-se que tanto a executada OLMA TRANSPORTES LTDA quanto o co-executado DIMER PIOVEZAN constaram na referida certidão na qual o Oficial de Justiça atestou ter realizado a citação, utilizando-se verbos no plural ("ação ora *lhes* movida (...) *terem* ouvido a leitura (...) bem ciente *ficaram* de seu conteúdo"), o que leva a concluir que ambos os executados foram

citados naquela mesma diligência.

Portanto, devem ser acolhidas as alegações da apelante no sentido de que "quando da doação do bem pelo co-executado DIMER PIOVESAN (18.09.2000, fls. 40, verso), este já havia sido devidamente citado para pagamento dos débitos executados (em 15.07.1999, cf. fls. 121 e 122), ou seja, já tinha plena ciência de sua responsabilização pelas dívidas, deixando claro que a alienação foi realizada em evidente fraude à execução fiscal" (fls. 153).

Outrossim, muito embora se trate de alienações sucessivas, com os embargantes adquirindo o imóvel de terceiro alheio à execução fiscal (no caso, de MELISSA ESTEVO DE CAMARGO BASAGLIA), a conclusão acerca da ineficácia da alienação não se modifica, por se tratar de hipótese em que citação do executado no processo judicial (alienante originário, DIMER PIOVESAN), registrada em 15/07/1999 (fls. 121), antecedeu a doação (27/09/2000, fls. 40 Vº), bem como pelo fato de não ter ficado comprovada eventual solvabilidade da executada, ônus que competia aos embargantes.

Tampouco prosperam os argumentos defendendo a boa-fé dos terceiros embargantes. Nos termos expressos no precedente paradigmático do STJ, trata-se de presunção *absoluta* de fraude, afigurando-se irrelevante eventual circunstância de índole subjetiva - tal como a boa-fé.

Nesse sentido, colaciono outro precedente da Corte Superior:

> TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM POSTERIOR À CITAÇÃO DO DEVEDOR. INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO REALIZADO APÓS A CITAÇÃO. ART. 185 DO CTN, COM A REDAÇÃO ANTERIOR À LC N. 118/2005. SÚMULA 375/STJ. INAPLICABILIDADE. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. SUCESSIVAS ALIENAÇÕES.
> 1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.141.990/PR, de Relatoria do Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ, consolidou entendimento segundo o qual não se aplica à execução fiscal a Súmula 375/STJ: "O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente".
> 2. *A caracterização da má-fé do terceiro adquirente ou mesmo a prova do conluio não é necessária para caracterização da fraude à execução.* A natureza jurídica do crédito tributário conduz a que a simples alienação de bens pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta de fraude à execução, mesmo no caso da existência de sucessivas alienações .
> 3. Hipótese em que muito embora tenha ocorrido duas alienações do imóvel penhorado, a citação do executado se deu em momento anterior a transferência do bem para o primeiro adquirente e deste para ora agravante, o que, de acordo com a jurisprudência colacionada, se caracteriza como fraude à execução fiscal. Agravo regimental improvido.
> (STJ, AGARESP 201200036747, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:17/06/2014)

No mesma linha, julgado desta 3ª Turma:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO À EXECUÇÃO FISCAL. FRAUDE À EXECUÇÃO. MATÉRIA PACIFICADA NO JULGAMENTO DO RESP 1.141.990/PR. BLOQUEIO DE VEÍCULO. CADEIA DE ALIENAÇÕES INICIADA POSTERIORMENTE À INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA E À CITAÇÃO VÁLIDA. NÃO DEMONSTRADA A SOLVÊNCIA DA EMPRESA EXECUTADA. FRAUDE CONFIGURADA. APELAÇÃO PROVIDA.
> [...]
> 3. No julgamento do RESp n. 1.141.990/PR, submetido ao rito dos repetitivos, restou pacificado

pelo STJ que, em matéria de fraude à execução, não se aplica aos executivos fiscais as normas processuais civis e o enunciado de sua súmula n. 375, devendo ser observado o disposto no art. 185, do CTN, do seguinte modo: a) em relação aos negócios jurídicos celebrados na vigência da redação original do aludido dispositivo, presume-se a fraude a partir da citação válida do executado; b) quanto às alienações realizadas posteriormente à alteração determinada pela LC n. 118/2005, configura-se a fraude desde a mera inscrição do débito tributário em dívida ativa.
4. A má-fé é presumida de forma absoluta, mesmo no caso de alienações sucessivas, uma vez que a fraude fiscal possui natureza diversa da fraude civil contra credores e afronta o interesse público. Precedentes do STJ e desta Corte Regional.
5. Elide-se a presunção de má-fé somente quando o devedor reserva patrimônio suficiente para a garantia do débito fiscal, sendo ônus do terceiro adquirente e do executado alienante a demonstração da solvência. Art. 185, parágrafo único do CTN. Jurisprudência consolidada desta Terceira Turma.
6. Hipótese em que o débito foi inscrito em dívida ativa em 13/08/2004, a execução fiscal foi ajuizada em 23/03/2005 e a citação por AR deu-se em 09/12/2005, sendo que em 11/05/2007 o bem impugnado ainda pertencia à empresa devedora, conforme se depreende da consulta ao RENAVAM. Ainda que se considere que o veículo foi vendido primeiramente para Marineide Scopinho Buttner, que celebrou contrato de alienação fiduciária em 15/12/2006 sem, contudo, regularizar imediatamente a transferência junto ao órgão de trânsito, resta evidente que a inscrição em dívida ativa e a citação válida ocorreram antes do desfazimento do bem pela empresa devedora.
7. O fato de a compra e venda do veículo ter sido entabulada com o suporte do instituto da alienação fiduciária não obsta o reconhecimento de que a transferência foi fraudulenta. Trata-se de questão estranha à relação jurídico-tributária existente entre o fisco e a devedora, responsável pela fraude.
8. Independentemente da subsequente cadeia de alienações , constata-se que o bem impugnado saiu da esfera de propriedade da empresa executada após a inscrição do débito em dívida ativa e a regular citação, restando inconteste, por qualquer ângulo, a presença do primeiro requisito para a presunção da fraude.
9. Não se desincumbiu a embargante do ônus de provar que a executada possui bens e rendas bastantes para a garantia do débito tributário, não havendo no presente feito quaisquer alegações ou documentos que indiquem a existência de outras propriedades em nome da devedora, sendo de rigor o reconhecimento da fraude à execução fiscal.
10. Reforma da sentença e julgamento improcedente dos embargos de terceiro, com inversão dos ônus sucumbenciais e condenação da embargante ao pagamento de honorários advocatícios no importe de R$800,00 (oitocentos reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC de 1973.
11. Apelação da União provida. (sem grifos no original)
(TRF3 - AC 00308021020154039999, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/09/2016) (g.n.)

Reformada a sentença, inverto o ônus da sucumbência e condeno a embargante no pagamento de honorários advocatícios que fixo em dez por cento sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §3º, do CPC/2015, vigente à época da sentença.

Ante o exposto, *dou provimento* à apelação para julgar improcedentes os presentes embargos de terceiro (art. 487, I, do CPC), bem como para condenar a embargante no pagamento de honorários advocatícios fixados em dez por cento sobre o valor atualizado da causa, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

Sentenças

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
0001270-04.2008.4.03.6000

Autora: SOCIEDADE DE PROTEÇÃO E BEM-ESTAR ANIMAL - ABRIGO DOS BICHOS.
Réu: MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE - MS.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Juiz Federal: RENATO TONIASSO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/03/2018

Vistos, etc.

Trata-se de Ação Civil Pública através da qual a autora pleiteia provimento jurisdicional condenatório que obrigue o réu a: *1)* emitir "laudos definitivos de Leishmaniose Visceral Canina, indicando animais positivos, somente (...) após a realização de exames sorológicos combinados, utilizando-se os métodos Imunoenzimático (E.I.E.) e Imunofluorescência (I.F.I.), ou o método de Punção por Aspiração por Agulha Fina (PAAF), combinação de métodos esta a critério da SESAU/CG" (item 9.1. da inicial/fl. 32); *2)* que, "em caso de dúvida", franqueie ao dono do animal, a contraprova dos exames, para a realização de novos exames, "custeados estes pelo Poder Público, para que não seja invertido o ônus da prova, em prejuízo dos proprietários dos animais" (item 9.2./fl. 33); e, *3)* a que, "por intermédio do CCZ/CG, adote o procedimento formal, indicado no item 04 deste requerimento, como procedimento administrativo obrigatório e prévio nos casos de eutanásia" de animais infectados (item 9.3./fl. 33). Por fim, pleiteia que o "procedimento de sacrifício em animais sadios seja absolutamente proibido como medida de controle de população de gatos e cães e que o município adote as medidas preconizadas no artigo 29, § 4º da lei estadual nº 2.990/2005" (item 9.4./fl. 33).

Como fundamentos de tais pedidos, alega que, apesar da existência de legislação protetiva dos direitos dos animais, o município-réu vem praticando, através da sua Secretaria Municipal de Saúde Pública e por meio do Centro de Controle de Zoonoses de Campo Grande (CCZ/CG), como política pública de controle da Leishmaniose Visceral, a eutanásia de cães que apresentem exames sorológicos positivos pelos testes EIE – Leishmaniose Visceral Canina – Bio-Manguinhos ou IFI – Leishmaniose Visceral Canina – Bio-Manguinhos, o que seria equivocado, pois tais exames, se aplicados isoladamente, são testes presuntivos (e não conclusivos) a respeito da presença do agente etiológico da doença e levam ao sacrifício de animais sadios, mas tidos como doentes (os chamados falsos positivos). Além disso, aduz que não "existe comprovação científica de que cães acometidos desta doença estejam de fato implicados na transmissão para o ser humano"; que "os cães são propriedade privada de seus proprietários e os mesmos não podem ser coagidos pelo poder público a sacrificar suas propriedades sem a devida indenização"; e que "a eutanásia de animais, como está se processando, é crime ambiental e está no rol dos interesses difusos protegidos através do instrumento da Ação Civil Pública". Por fim, aduz que se faz necessário "Compelir o Poder Executivo Municipal a adotar normas mais éticas e rígidas de poder de polícia administrativa no que tange à vistoria das residências, a recepção de animais doentes pelo CCZ/CG e da realização de eutanásia pelos mesmos, tais como a elaboração de Termos (Autos) de Cientificação de Resultados de Exames, Elaboração de Banco de Dados dos Testes Sorológicos, Fichas de Controle dos Animais Eutanasiados, como instrumentos, inclusive, de controle externo das ações exercidas pelo CCZ/CG".

Com a inicial vieram os documentos de fls. 35/813.

A apreciação do pedido de medida liminar foi postergada para após a vinda das contestações (fl. 133). Um pedido de reconsideração em relação a esse *decisum* restou indeferido (fl. 135-ss.), mas houve o deferimento parcial da medida liminar em sede de agravo de instrumento, para se suspender a eutanásia de animais diagnosticados com leishmaniose visceral canina quando se utiliza apenas um dos métodos indicados pelo autor, porém, permitindo-se a prática em questão quando se tiver a comprovação da doença através de um segundo exame ou mediante autorização escrita do proprietário do animal, bem como para se determinar ao CCZ/CG que elabore e utilize uma rotina do procedimento para os casos de eutanásia, com a lavratura dos termos indicados na inicial (fls. 186/203).

Como a ação foi inicialmente proposta em face do Município de Campo Grande, MS, e da Secretaria Municipal de Saúde Pública do referido município, esta ré, em sede de contestação, veio aos autos e arguiu questão preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*. Quanto ao mérito, sustentou que, em se tratando de Leishmaniose Visceral Canina (LVC), também denominada Leishmaniose Visceral Americana (LVA) ou Calazar, de seu turno, resultante da infecção pela *Leishmania (L.) chagasi* "estando envolvido o vetor *Lutzomyia longipalpis*", o cão é, sim, o principal "reservatório para seres humanos, sobretudo em áreas urbanizadas". A doença seria "uma antropozoonose de importante magnitude no país e" no município, sendo que, segundo dados estatísticos de 2002 a maio de 2007, "as maiores incidências e riscos do agravamento dos sintomas ocorrem em crianças e idosos", onde se detectou uma "letalidade de 10,5%", e, bem assim, no que diz respeito a pessoas em condições imunossupressivas, em especial, os portadores de AIDS. A cidade de Campo Grande já teria enfrentado "no passado recente uma epidemia de Leishmaniose Visceral, situação essa que não pode retornar" (fl. 252). Alega que o CCZ segue as recomendações técnicas do Ministério da Saúde "e que desde 2003 realiza no mínimo dois métodos laboratoriais de diagnóstico para emissão do resultado final, primeiro o ELISA para triagem e posteriormente o RIFI (prova Padrão Ouro) como exame confirmatório da doença", descrevendo esses métodos. Embora em 2006 o CCZ não estivesse realizando um segundo exame dos animais dados como infectados, nesses casos era possibilitado aos donos desses animais, a realização, às suas expensas, de um novo exame, em laboratórios particulares. O método usado pelo CCZ é seguro e a eutanásia dos animais "soropositivos para LVC" só é realizada "após o diagnóstico laboratorial nas provas de Elisa (triagem) e RIFI (prova Padrão Ouro – Ministério da Saúde) reagentes". Assim, o CCZ/CG não estaria a fazer "eutanásia de animais saudáveis, sendo realizada apenas em animais doentes que possam causar risco a saúde humana e animal". Complementarmente a isso, teria ela "um programa de educação em saúde onde um dos objetivos é o estímulo dos proprietários a responsabilidade sobre o seu animal de estimação". Realiza, também, "uma rotina de captura de cães errantes em áreas urbanas, por serem fontes disseminadoras de diversas doenças de importância médico-sanitária, entre elas a LV". No mais, ao combater a Leishmaniose, além de estar cumprindo uma importante função pública de vigilância sanitária que lhe cabe, estaria respaldada "pelo Programa Nacional de controle da doença do Ministério da Saúde, embasado no Decreto nº 51.838, de 14 de março de 1963". Ainda, a Lei n. 6.437/77 prevê a possibilidade de eutanásia "de animais domésticos considerados perigosos pelas autoridades sanitárias", e a Resolução n. 714, de 20 de junho de 2002, do Conselho Federal de Medicina Veterinária vai no mesmo sentido, "quando o animal constituir ameaça à saúde pública ou animal". Além disso, apesar de dispor de instrumentos jurídicos que lhe permitem adentrar coercitivamente em domicílios particulares, em casos da espécie, até por necessidades operacionais, prefere esclarecer aos proprietários de animais com indicativos de estarem infectados, os riscos inerentes à Leishmaniose, obtendo, na grande maioria dos casos, a colaboração dos mesmos,

inclusive com a autorização verbal para que os seus agentes adentrem às suas residências. Os cães "sororeagentes" são retirados da posse dos seus donos, após um telefonema e a visita de um médico-veterinário, que presta esclarecimentos quanto à zoonose e busca um "acordo com o proprietário (visando) o consentimento quanto ao recolhimento do animal". Na retirada do cão, o proprietário recebe o laudo com o diagnóstico positivo sobre a doença e assina um termo doando o animal ao CCZ, para as condutas médico-veterinárias pertinentes ao caso. Só exercita o poder/dever de agir coercitivamente quando isso se torna necessário e, mesmo assim, o faz munido de "alvará judicial". Por fim, registra que não se utiliza da eutanásia canina como único procedimento de combate à Leishmaniose. Com idêntico objetivo, realiza a limpeza em terrenos urbanos, visitas domiciliares e aplicação de produtos químicos nas áreas de risco, visando à eliminação do flebótomo, "entre outras medias de controle dos possíveis reservatórios que propiciem a reprodução" do mosquito que transmite a doença. E arremata dizendo que todos os procedimentos usados "pautam-se em protocolos nacionais e internacionais, adotando práticas que respeitam não só a legislação vigente, mas também a todos os preceitos de ordem ética e moral, motivo pelo qual as pretensões trazidas pela Requerente são manifestamente infundadas e carecedoras de qualquer significação" (fls. 233/255).

Com essa contestação vieram os documentos de fls. 256/687.

Contestação do Município de Campo Grande às fls. 511/529. Esse réu arguiu questões preliminares de ilegitimidade ativa e de inadequação da via eleita. Quanto ao mérito, aduziu que, ao contrário do que alega a parte autora, na prospecção de animais caninos infectados por leishmaniose não se utiliza apenas de um único tipo de exame. Vale-se da "combinação entre o teste ELISA e o teste IFI – Leishmaniose Visceral Canina, prática, aliás, recomendada pelo Ministério da Saúde. "Estes exames não são feitos isoladamente, isto é, não se utiliza apenas um deles para o diagnóstico nos cães. Os exames são feitos conjuntamente". "... o método utilizado pela Secretaria Municipal de Saúde é, justamente, a combinação dos exames IFI e EIE". Além disso, os proprietários de animais tidos como infectados podem "exigir contraprova". No mais, reitera os fundamentos da contestação apresentada pela sua Secretaria Municipal de Saúde Pública, enfatizando que a leishmaniose, além de se encontrar entre "as seis endemias consideradas prioritárias no mundo", tem alta incidência em Mato Grosso do Sul e, em especial, em Campo Grande, MS, onde ocorreria "em números alarmantes", sendo que "dos estudos realizados pelo governo federal, nas regiões urbanas o cão é a principal fonte de infeção", e a doença é transmitida "através da picada de vetores – *L. longipalpis* ou *L. cruzi* – infectados pela *Leishmania (L.) chagasi*" (f. 17). O tratamento de cães infectados, embora possível, na Europa, não o é no Brasil, pois aqui, segundo diretriz adotada pelo Ministério da Saúde, mesmo tratado, o cão não deixa de ser um "reservatório do parasito", inclusive sujeito a recidivas. A eutanásia de animais soropositivos visa dar concretude ao comando do artigo 196 da Constituição Federal, ao tempo em que busca proteger a população humana e mesmo a animal de um "risco de doença e de outros agravos". Por fim, defende que, de sua parte, não há negligência na espécie. Haveria, diz, "se o Poder Público permanecesse inerte diante de dois óbitos humanos decorrentes da doença, e das notificações crescentes nos indivíduos. Ou nada fizesse ao número cada vez maior de cães contaminados". Pede pela improcedência dos pedidos da ação, com a condenação do autor nas verbas sucumbenciais de estilo.

Impugnação às contestações às fls. 723/738.

O Feito foi inicialmente distribuído perante a Justiça Estadual de Mato Grosso do Sul, nesta Comarca; mas, pelo r. *decisum* de fl. 814, diante de manifestação de interesse de parte da União Federal, foi deferido o pedido de remessa dos autos à Justiça Federal, vindo os autos a este Juízo por distribuição.

À fl. 824 foi reconhecido o interesse (jurídico) da União na lide e restou fixada a competência da Justiça Federal para o caso, ratificando-se os atos praticados no Juízo de origem, inclusive a contestação de fls. 233/255. Além disso, foi oportunizada a especificação de provas e determinada a abertura de vista ao Ministério Público Federal, nos termos do que dispõe o artigo 5º, § 1º, da Lei 7.347/85.

Na fase de especificação de provas, o Município de Campo Grande, MS, requereu apenas a produção de prova documental às fls. 834/835 e reforçou essa opção à fl. 837. A União, como assistente simples dos réus, pediu "a produção de prova técnica (não propriamente pericial), consistente, apenas, em esclarecimentos de ordem científica (art. 332, CPC) e, por analogia, como *modus procedendi* da prova pericial, (...)", conforme se vê à fl. 845. O autor especificou provas às fls. 848/850.

Parecer ministerial às fls. 861/874.

No despacho saneador às fls. 876/878-verso restou acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva da Secretaria Municipal de Saúde Pública, com a exclusão dessa ré da lide; foi afastada a preliminar de inadequação da via eleita; e foram fixados os pontos controvertidos e deferidas as provas requeridas, em especial, a pericial.

Às fls. 885/886 o Município de Campo Grande, MS, pediu a juntada de documentos, em atendimento a decisão judicial a respeito.

Audiência instrutória às fls. 943/946, com a oitiva da perita nomeada pelo Juízo, a médica-veterinária Vilma dos Santos Fahed.

Laudo Pericial juntado às fls. 954/961.

Designação de audiência para a oitiva de testemunhas à fl. 993, com remarcação do ato, a pedido, às fls. 1.050/1.050-verso.

Parecer apresentado pela União às fls. 1.006/1.018.

Pedido de informações em sede de agravo de instrumento noticiado à fl. 1.060; atendido às fls. 1.068/1.070.

Complementação do laudo pericial às fls. 1.073/1.092.

Audiência instrutória às fls. 1.094/1.101. Nesse ato foram ouvidas uma testemunha arrolada pela parte autora e duas arroladas pelo réu. Além disso, o Juízo redefiniu alguns parâmetros instrutórios e designou data para continuidade da audiência. O MPF e os réus pediram a revogação da decisão liminar, especialmente na parte em que se permite o tratamento de cães infectados por Leishmaniose.

Às fls. 1.119/1120 foram revogadas as alíneas "a" e "c" do item 2 da decisão de fls. 186/203, nas extensões ali reportadas.

Audiência instrutória realizada em continuidade às fls. 1.186/1.190. A esse ato compareceram duas testemunhas, ambas arroladas pela autora; porém, apenas uma delas foi ouvida (fls. 1.189/1.190). Em relação à outra, foi acolhida a contradita arguida (fl. 1.188). Houve desistência em relação às demais.

As partes se manifestaram sobre a complementação do laudo pericial às fls. 1.197/1.199 (a autora) e 1.200/1.203 (Município de Campo Grande).

Às fls. 1.227/1.229 consta decisão proferida em sede de recurso de agravo de instrumento; que suspendeu a decisão de fls. 1.119/1.120 (que, de seu turno, revogara em parte a decisão liminar de fls. 186/203).

À fl. 1.245 foi indeferido pedido de nomeação de novo perito.

Às fls. 1.254/1.266 consta decisão denegatória de provimento a agravo regimental aviado pela União junto ao Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Às fls. 1.603/1.606 foi designada audiência pública para tratar do caso, sendo que esse ato instrutório foi realizado às fls. 1.686/1.867.

Memoriais: da parte autora, às fls. 1.708/1.723; e do réu (Município de Campo Grande), às fls. 1.816/1.821.

Às fls. 1.868/1.870 constam: cópia de decisão proferida nos autos de nº 0000205-95.2013.403.6000, determinando a juntada daqueles autos a estes, bem como decisão deste Juízo rejeitando exceção de suspeição arguida em face deste magistrado e determinando o envio dos autos ao Egrégio TRF-3.

Às fls. 1.874/1.887 constam documentos que informam a rejeição, pelo Egrégio TRF-3, de exceção de impedimento aviada em face deste magistrado.

Às fls. 1.888/1.889-v consta cópia de decisão proferida nos autos de nº 0003501-28.2013.403.6000, determinando a juntada daqueles autos a estes.

Memoriais, em alegações finais, pela União, às fls. 1.904/1.910, e pelo Ministério Público Federal, às fls. 1.914/1.923-verso.

É o que se fazia necessário relatar.

Passo a *decidir*.

Sem questões processuais pendentes de apreciação e, deferidos, em parte, nos termos do relatório, os pleitos atinentes à antecipação dos efeitos da tutela, passo a analisar os pedidos materiais da presente ação, conforme restaram formulados nos subitens 9.1., 9.2., 9.3. e 9.4. da petição inicial (fls. 32/33).

> 9.1. *Ante a pouca confiabilidade dos diagnósticos fundados nos exames sorológicos aplicados individualmente, que os laudos definitivos de Leishmaniose Visceral Canina, indicando animais positivos, somente sejam emitidos após realização de exames sorológicos combinados, utilizando-se os métodos Imunoenzimático (E.I.E) e Imunofluorescência (I.F.I), ou o método de Punção por Aspiração por Agulha Fina (PAAF), combinação de métodos esta a critério da SESAU/CG.* Negritei.

Pois bem. Já na contestação apresentada pela Secretaria de Saúde do Município de Campo Grande, MS (fls. 233/255), depois encampada por esse município (fls. 551/529), enquanto réu que permanece no polo passivo da lide, alegou-se que o CCZ segue as recomendações técnicas do Ministério da Saúde "e que desde 2003 realiza no mínimo dois métodos laboratoriais de diagnóstico para emissão do resultado final, primeiro o ELISA para triagem e posteriormente o RIFI (prova Padrão Ouro) como exame confirmatório da doença", descrevendo-se, inclusive, esses métodos. E se sustentou que, embora em 2006 o CCZ não estivesse realizando um segundo exame dos animais dados como infectados, nesses casos era possibilitado aos donos de tais animais, a realização, às suas expensas, de um novo exame, em laboratórios particulares. Argumentou-se, ainda, que o método usado pelo CCZ é seguro e que a eutanásia dos animais soropositivos para Leishmaniose Visceral canina só é realizada após o diagnóstico laboratorial nas provas de ELISA (triagem) e RIFI (prova Padrão Outo – Ministério da Saúde) reagentes.

Então, pelo menos quanto a esse pleito da presente ação, como os réus negaram os fatos alegados pela autora, materializou-se a situação em que o ônus da prova incumbe a quem alega (artigo 373, inciso I, do CPC).

A prova a esse respeito começou com a oitiva da perita do Juízo (Dra. Vilma dos Santos Fahed), às fls. 944/946, onde a *expert* informou o seguinte, no que interessa, sobre a alegação autoral de que se trata:

> *a depoente confirma que o réu, Município de Campo Grande, realiza, na espécie, os dois exames referidos na inicial*. (...). Existem tratamentos para a Leishmaniose, no caso de animais infectados, porém, não existe cura. (...). Durante esse tratamento, os animais permanecem com infectibilidade reduzida, porém, presente (permanecem com capacidade de infectar o vetor da doença, e este, consequentemente, de infetar outros animais). O cachorro infectado tem capacidade de infectar humanos, através do vetor da doença, que é o mosquito. (...). *A metodologia, inclusive em termos de precedência de exame, usada pelo Município, é correta*. (...). A perita é Presidente da Comissão de leishmaniose do Conselho Regional de Medicina Veterinária. (...). Negritei.

Depois, através da apresentação do Laudo Pericial de fls. 954/961, referida perita confirmou essas informações:

> A Secretaria de Saúde do Município de Campo Grande-MS, através do Centro de Controle de Zoonoses (CCZ), realiza inquérito epidemiológico canino dessa enfermidade *através de testes sorológicos combinados (ELISA – enzyme linked immunosorbent assay e RIFI – reação de imunofluorescência direta)* para investigação de soroprevalência da doença, há sete anos, fornecendo laudos, por escrito, quando requerido pelo proprietário do animal e, quando resultar em sorologicamente positivo. Negritei.

Às fls. 1.074/1.092, em complementação ao Laudo pericial, a prestimosa auxiliar do Juízo traçou um longo e substancioso arrazoado para concluir, inclusive com o estofo de extenso referencial de trabalhos científicos, que:

> A sorologia utilizada no inquérito epidemiológico *é a mais indicada e a preconizada pelo Ministério da Saúde nos programas de controle* (da Leishmaniose). Negritei.

E a prova testemunhal foi no mesmo sentido. *Fernando Paiva*, professor do Curso de Medicina Veterinária da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, que, inclusive, trabalha próximo ao CCZ e visitou aquele centro, afirmou que referida unidade de controle de zoonoses *utiliza conjuntamente os testes sorológicos ELISA e RIFI* (fls. 1.098/1.099); e *Ana Nilce Silveira Maia Elkhoury*, enfermeira (fl. 1.100), e *Gustavo Adolfo Sierra Romero*, médico (fl. 1.101), informaram que os testes recomendados pelo Ministério da Saúde, para detecção de Leishmaniose canina, *são o ELISA e o RIFI*, e que *ambos esses testes são usados pelo CCZ*, em Campo Grande, MS, com tal desiderato (diagnóstico da Leishmaniose canina).

Assim, conforme bem anotou o MPF, em suas alegações finais, restou provado nos autos que o réu (Município de Campo Grande, MS), através do seu Centro de Controle de Zoonoses – CCZ, utiliza, conjuntamente, para o fim de diagnosticar (ou não) casos de Leishmaniose canina, os dois métodos reclamados na inicial.

Anoto que o réu, porque ente estatal que atua no exercício de suas funções institucionais visando o interesse público, goza de presunção relativa (*juris tantum*) no sentido de que age de acordo com lei e diz a verdade, o que faz com que a sua alegação de que utiliza conjuntamente os dois testes reclamados pela autora (E.I.E. e I.F.I.) baste por si só, reclamando prova robusta

em sentido contrário, para ser desconstituída.

No entanto, as provas produzidas nos presentes autos vieram a confirmar a alegação da ré, o que, obviamente, reforça a presunção anteriormente referida e conduz a consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas.

Logo, a parte autora não conseguiu provar a sua alegação e, por isso, o pedido deve ser julgado *improcedente*.

> 9.2. *Que, em caso de dúvida, o proprietário do animal tenha direito à contraprova dos exames, custeados estes pelo Poder Público, para que não seja invertido o ônus da prova, em prejuízo dos proprietários dos animais.*

As situações de dúvida, na espécie, certamente referem-se aos particulares, donos de cães dados como infectados por Leishmaniose, pelos exames realizados pelo CCZ, uma vez que, para o réu, enquanto ente estatal que é, esses resultados fornecem um nível de certeza jurídica suficiente para o encaminhamento da situação de acordo com os normativos de regência, rumo ao sacrifício dos animais.

Mesmo assim, a dúvida referida é legítima, uma vez que, conforme anotou o MPF, em suas alegações finais, a perita informou que não há 100% (cem por cento) de confiabilidade nos resultados dos testes realizados pelo Poder Público. Então, os donos dos cães tidos como infectados devem, realmente, ter o direito de realizar contraprova, em relação aos exames oficiais, e o réu terá que respeitar eventuais resultados negativos alcançados nessa contraprova, mas desde que tais resultados sejam provenientes de parâmetros aceitáveis, do ponto de vista técnico-científico, de sorte a preservar, ainda que minimamente, a segurança da coletividade humana e mesmo animal, uma vez que, novamente de acordo com a prova pericial e nos termos da manifestação ministerial em alegações finais, "também não há total confiabilidade nos exames alternativos, com exceção, no caso destes, de quando o resultado é positivo".

E, de acordo com o que restou apurado nos presentes autos, a contraprova é permitida, nessas situações, conforme se extrai, inclusive, por raciocínio inverso, do próprio enunciado do pleito da parte autora, uma vez que o pedido em questão não nega a existência de tal alternativa aos donos dos animais dados como infectados, mas centra-se na fixação de obrigatoriedade do custeio das despesas pelo Poder Público.

A perita atestou a possibilidade de contraprova e informou que, em caso de resultado negativo (contrário ao resultado dos exames oficiais), o réu respeitará esse resultado, desde que o cão tenha sido vacinado contra Leishmaniose, *verbis*:

> Se o exame realizado pelo Município der positivo, e, realizado o exame específico, pelo proprietário, e colhido o resultado contrário (indicando que o animal não está contaminado), o Município respeita o resultado desse exame específico apenas se o animal estiver vacinado contra a Leishmaniose (fl. 944).

Depois, no Laudo Pericial, a *expert* do Juízo foi ainda mais direta quanto à possibilidade de realização de contraprova pelos donos dos animais tidos como infectados, e, inclusive, informou que tal recurso técnico pode ser utilizado no caso de animais vacinados ("imunizados"). Note-se:

> Os testes sorológicos utilizados pelo Município de Campo Grande-MS na detecção da LVC, apesar do alto índice de sensibilidade, em alguns casos não proporcionam um diagnóstico

> seguro, o que reservaria o direito do cidadão de conferir com mais eficácia, através de exames complementares, se seus animais são realmente soropositivos e, enquanto isso, esse (sic) animais serão supervisionados pela Saúde Pública (fl. 959).
>
> A referida Secretaria permite a realização da contraprova sorológica (ELISA e RIFI), quando resultarem em sorologicamente positivos, para animais não imunizados contra LVC (vacina). Em caso de animais imunizados, é permitido o Exame de Punção Aspirativa por Agulha Fina (PAAF), que é um exame específico e de maior confiabilidade (fl. 956).

A prova testemunhal também confirmou a possibilidade de contraprova. Nesse sentido, tem-se o depoimento de Sandra Maria dos Santos, onde se informa que essa senhora chegou a ter um animal infectado por Leishmaniose e que realizou "a contraprova, na clínica particular, e o resultado foi novamente positivo", o que fez com que ela entregasse o animal para ser sacrificado (fls. 1.096/1.097).

Portanto, não há qualquer dúvida de que o Município-réu permite aos donos de cães diagnosticados como sendo portadores de Leishmaniose, pelos testes aplicados pelo CCZ, a realização de contraprova em outros laboratórios; apenas que com as despesas custeadas pelos próprios interessados.

Resta analisar se as despesas com esses exames de contraprova podem ser imputadas ao réu, conforme pleiteia a parte autora.

Quanto a isso, mesmo existindo fortes indicativos de que a Associação-autora não detém legitimidade para postular a respeito, por tal assunto fugir à sua finalidade estatutária, conforme bem observou a União à fl. 1.907, considerando que a presente ação foi longa e demoradamente debatida, e, bem assim, que estou convencido da improcedência do pleito, prefiro enfrentar o mérito da lide (nesse aspecto), no intuito de prestar uma jurisdição o mais completa possível e de prevenir interpretações no sentido de que o Juízo preferiu o caminho do menor esforço.

Entendo que o pedido é improcedente, pois a certeza jurídica, suficiente para a ação estatal, nos termos dos normativos de regência e em resguardo ao interesse público, conforme anteriormente referido, é extraída dos resultados positivos advindos da aplicação conjunta dos testes de detecção da Leishmaniose aplicados pelo CCZ (ELISA e RIFI). Fora disso, tem-se o interesse particular, dos proprietários dos animais que apresentaram os resultados positivos, no sentido de afastar a certeza jurídica estatal, já existente, e, nessa situação, o custo da realização da contraprova deve ser suportado pelos interessados, pois, também conforme já dito, o Estado já estará convencido da infeção do animal. O atendimento do pedido autoral implicaria clara inobservância, dentre outros, dos princípios da eficiência e da moralidade administrativa, ambos insculpidos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, pois a Administração, mesmo convencida da correção e da suficiência dos resultados dos seus exames, iria custear outros, extremamente caros, para atender a interesse particular.

O pedido, portanto, é *improcedente*.

> 9.3. *Que o município de Campo Grande/MS, por intermédio do CCZ/CG, adote procedimento formal, indicado no item 04 deste requerimento, como procedimento administrativo obrigatório e prévio nos casos de eutanásia.*

O item 4 "deste requerimento" reporta pleito liminar de antecipação da tutela para que o réu seja compelido a "elaborar e utilizar obrigatoriamente instrumentos legais de formalidade

e controle de seus atos, tais como: 1) Termo (Auto) de consentimento esclarecido para adentrar residências; 2) Termo (Auto) de consentimento esclarecido para coletar sangue de animais domésticos; 3) Termo (Auto) de cientificação de animais sorologicamente positivos; 4) Termo (Auto) de consentimento esclarecido para realização de entanásia de animais portadores de doenças graves; 5) Ficha individualizada e identificada (por foto digital), acompanhada de laudo expendido por médico veterinário, de todo animal eutanasiado no CCZ/CG; com a aplicação de astreintes no valor de R$ 300,00 (trezentos reais) por descumprimento do mandamento legal sem prejuízo do proprietário pleitear perdas e danos".

Aqui há evidente e robusta falta de interesse de agir, por ilegitimidade ativa, de parte da autora, quanto a todos os provimentos pleiteados.

Conforme bem anotou o MPF, em suas alegações finais, tanto pelo artigo 5º da Lei nº 7.347/85, como pelo artigo 82 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), a atuação da autora só se legitimaria, para ações coletivas em geral, mediante o cumprimento dos requisitos no sentido de estar ela constituída há mais de 1,0 (um) ano e de ter entre as suas finalidades institucionais "a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico".

Na petição inicial a autora alega que tem por objetivo "a proteção dos direitos transindividuais ligados ao respeito pela vida animal", e que a sua "legitimidade para a defesa do direito difuso, que se quer discutir nesta ação, é retirada do artigo 5º da Lei nº 7.347/85" (fl. 03). Mas não explicita qual o núcleo de tipo, dentre aqueles que definem as finalidades institucionais elencadas pelo artigo 5º da Lei nº 7.347/85, estaria a respaldar essa atuação, e nem o rol das suas finalidades, nos termos do artigo 3º do seu estatuto social (cópia às fls. 35/47), é muito claro a esse respeito, eis que se centra na proteção dos animais, em especial, daqueles "abandonados ou vítimas de maus-tratos" (inciso IV), enquanto a legitimidade para estar em juízo, porque vivermos em uma sociedade antropocêntrica, em princípio, pode defender o interesse de animais, mas terá que se dar pela via reflexa, pois o enfoque direto deve ser a pessoa humana.

Nesse contexto, a legitimidade ativa da parte autora só poderá ser extraída do núcleo de tipo "proteção ao meio ambiente", inserto no artigo 5º da Lei nº 7.347/85, de seu turno, imbricado no artigo 225 da Constituição Federal - CF, e esse, aliás, foi o enfoque reconhecido durante o recebimento da inicial e a instrução do Feito.

Resta, então, verificar se o pedido ora em análise pode ser reconhecido como voltado para a proteção ao meio ambiente.

Estou convencido de que não, pois as providências reclamadas pelo item 4 do requerimento de que se trata, conforme anteriormente transcrito, dizem respeito ao *modus faciendi* do ente estatal (do réu), no exercício regular do poder de polícia que lhe cabe, o que é regulado pelo Direito Administrativo, e, inclusive, deve ser executado sob o influxo do princípio da legalidade, no sentido de que o agente público só pode fazer o que a lei manda, sendo de se notar que a autora sequer tentou relacionar os instrumentos normativos que respaldariam a ação do Estado quanto a essas providências.

Além disso, considerando a provável ausência de comandos normativos dotados de força cogente nesse sentido, é de se ter que a imposição a respeito, pela via judicial, implicaria evidente violação ao princípio da separação entre os Poderes, pois, primeiro o Poder Legislativo teria que legislar, *lato sensu*, criando esses comandos, e depois o Poder Executivo teria que observá-los. Apenas em situações de existência de tais estandartes normativos, ou de inobservância dos mesmos, pela Administração Pública, é que, em tese, restaria legitimada a provocação do Poder Judiciário, mas essa, evidentemente, não é a situação retratada nos presentes

autos, pois aqui não se provaram os dois requisitos anteriormente referidos.

Por fim, tenho que a ressalva feita no pleito de fixação de astreintes ("sem prejuízo do proprietário pleitear perdas e danos") serve bem para ilustrar a ilegitimidade ativa ora em análise, pois se trata de hipotético direito de terceiros, para o exercício do qual a autora não detém representação.

Tal pedido *não deve ser conhecido* pelo Juízo, por falta de interesse de agir a respeito, por ilegitimidade ativa de parte da Associação-autora.

> 9.4. *O procedimento de sacrifício em animais sadios seja absolutamente proibido como medida de controle de população de gatos e cães e que o município adote as medidas preconizadas no artigo 29, § 4 da lei estadual nº 2.990/2005.*

Não restou provado nos autos, que o município-réu pratica o sacrifício de animais sadios, a qualquer título, e nem que não adota as medidas preconizadas pelo artigo 29 da Lei estadual nº 2.990/2005.

Ao contrário disso, nos termos do Laudo Pericial (fl. 959), os indicativos são no sentido de haver destinação dos animais apreendidos e não resgatados pelos seus proprietários, de acordo com o disposto no parágrafo segundo desse artigo 29, conforme bem anotou o MPF à fl. 1.921-verso.

Assim, esse pedido também é *improcedente*.

No mais, valho-me da técnica da motivação *per relationem*, que consiste na fundamentação desta decisão, por remissão a outras decisões, manifestações ou peças processuais que constem dos autos, e adoto as razões lançadas em alegações finais, pelo Ministério Público Federal, cujos fundamentos passam a integrá-la.

Por fim, anoto que tentativas de mudanças na definição no objeto da ação, verificadas no curso do processo (como, v.g., às de fls. 723/738), porque ocorridas depois de estabilizada a lide, deixaram de ser consideradas.

Diante do exposto, *não conheço* do pedido representado pelo subitem 9.3., da petição inicial, e, quanto a ele, declaro extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, VI, do CPC; e julgo *improcedentes* os demais pedidos (9.1., 9.2. e 9.4), com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, I, do mesmo CPC.

Sem condenação em custas e honorários advocatícios, dada à natureza da ação, nos termos do artigo 18 da Lei nº 7.347/85.

*P*ublique-se. *R*egistre-se. *I*ntimem-se.

Campo Grande, MS, 16 de fevereiro de 2018.

Juiz Federal RENATO TONIASSO

PROCEDIMENTO COMUM
0022991-90.2014.4.03.6100

Autor: DANIELA ROMERA BORGES
Réus: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: TIAGO BITENCOURT DE DAVID
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/06/2018

Trata-se de ação judicial por meio da qual a autora postula condenação por danos materiais e imateriais em decorrência da frustração decorrente da cessação abrupta e inesperada das negociações envolvendo a aquisição de imóvel residencial. Aduz que investiu tempo e dinheiro nas tratativas de compra de um apartamento, inclusive buscando e conseguindo o respectivo financiamento, sendo surpreendida pela recusa imotivada da execução das operações econômicas de venda e mútuo. Assevera que as rés a fizeram perder dinheiro, pois pagou imobiliária e despachante documental imobiliário, bem como poderia ter experimentado ganho patrimonial considerável, dado o aumento do valor do metro quadrado construído na região. Além disso, pede a compensação pela decepção gerada pelo intento frustrado.

Eis a suma do pleito.

Foi deferida a gratuidade (fl. 334).

A CEF e a Sahyun Empreendimentos e Participações Ltda. contestaram, suscitando preliminares e negando a responsabilidade por quaisquer danos eventualmente existentes.

Citada na pessoa de Jairo Sahyun, foi noticiada a dissolução judicial da Construtora Kadesh (fl. 375). Sobre tal questão a autora pede o reconhecimento de grupo econômico e a responsabilização do Sr. Jairo Sahyun.

Houve réplica.

As partes manifestaram-se pela desnecessidade de produção de outras provas.

Por fim, vieram os autos conclusos para sentença.

É o breve relatório.

Primeiramente, aduzo ser desnecessária a produção de outras provas.

Ainda em sede preambular, entendo desnecessária a deflagração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, pois a Sahyun Empreendimentos e Participações Ltda., da qual participa o Sr. Jairo Sahyun, já é parte componente do pólo passivo e eventual responsabilidade patrimonial do mesmo, caso necessária e devida, poderá ser, então, requerida em sede executiva, sem que se atrase e tumultue o presente feito. Desse modo, não compõe a cognição da presente lide a responsabilidade do Sr. Jairo Sahyun que sequer foi indicado como demandado e que até mesmo se mostra despicienda e somente tornaria o feito ainda mais moroso.

Nessa linha ainda, comprovada a dissolução judicial da Construtora Kadesh Ltda., impõe-se a respectiva exclusão do pólo passivo, vez que desaparecida a pessoa jurídica e inexistente personalidade processual subsidiária e transitória a responder pelos débitos, torna-se inviável continuar o feito no que tange à mesma, impondo-se o reconhecimento de que não ostenta capacidade processual para responder à demanda, dada a extinção de sua personalidade jurídica, tornando inviável o prosseguimento do feito em relação à mesma (art. 485, IV, do CPC).

A respeito da prescrição, como se trata de relação consumerista, impõe-se o prazo quinquenal – e não trienal -, inocorrendo a supressão da pretensão pelo decurso do tempo. Incidem

aqui os artigos 12, 17 e 27 do CDC, bem como a orientação sumular 297 do STJ, revelando-se descabido ao caso o regramento do Código Civil no que tange ao prazo prescricional.

A questão da ilegitimidade passiva alegada pelas rés confunde-se com a própria defesa no sentido da ausência de responsabilidade civil das mesmas, e como tal será analisada quando da cognição do mérito.

A respeito da prevenção e da conexão, reconsidero minha decisão de fl. 737, tendo em vista as razões da eminente julgadora mui bem lançadas na decisão de fls. 776-778 que de forma bastante perspicaz e de modo louvável revelou o risco de burla ao juiz natural da causa.

Fora isso, não há outra questão preliminar a ser examinada, impondo-se a imediata cognição do *meritum causae*.

Os contratantes são obrigados a comporta-se em conformidade com o princípio da boa-fé objetiva antes, durante e depois da formação e execução do pacto. Ainda que inocorra a conclusão da avença, mesmo assim, deveres de caráter geral, mais intensos conforme maior a proximidade do contato social e, consequentemente, da confiança legítima despertada, devem ser cumpridos, ainda que situados no âmbito da vedação de *neminem laedere*. Mesmo na inexistência de contrato, impõe-se o reconhecimento do surgimento de direitos e deveres decorrentes da aproximação das partes. A propósito, hoje, a incidência do princípio da boa-fé objetiva na fase pré-contratual sequer chega a ser objeto de controvérsia.

A credibilidade pela instituição financeira alavanca as vendas e promove o negócio imobiliário, exsurgindo uma expectativa de que o mutuante afiança cabalmente a qualidade da construção. Nesse sentido, Rodrigo Xavier Leonardo:

> Nas hipóteses, frequentemente verificáveis no mercado imobiliário para consumo, em que agentes financeiros estabelecem contratualmente controle sobre o progresso (temporal) e sobre os padrões de qualidade da obra – além de publicizar a efetiva participação no empreendimento imobiliário, mediante placas colocadas nos canteiros de obra, informando os consumidores que aquela incorporação está sendo financiada por determinado Banco (a despeito de, assim, cumprirem resoluções do Banco Central)-, estabelece-se um explícito vínculo que implicará a responsabilidade pelo fato ou vício do produto, fundado não no art. 12 ou 18 da Lei 8.078/90, mas no parágrafo único do art. 7º da mesma lei: "tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo".

Isso posto como premissa maior, tem-se que no caso concreto sobraram elementos probatórios a revelar que a confiança da autora foi frustrada pelas rés.

A CEF pôs-se ao lado das demais empresas envolvidas no empreendimento, anunciando publicamente seu apoio, seja no estande do feirão, seja na internet, seja no outdoor existente no local da construção. Quem diz "A avaliação da CAIXA é uma garantia a mais de que você está fazendo um bom negócio." (fl. 113), coloca seu nome no local onde será construído o edifício (fls. 163-181), apresenta a Construtora Kadesh como parceira comercial (fl. 86) e presta "carta de garantia" no valor de R$ 14.220.000,00 (quatorze milhões, duzentos e vinte mil reais) para garantia do empreendimento (fls. 82-84), certamente alheia ao empreendimento imobiliário não está.

O apoio da CEF à obra é indubitável e não se pode sequer colocar em dúvida de que a mudança de comportamento da instituição financeira em relação à construtora foi superveniente e, por isso, tardia aos olhos dos interessados na aquisição das unidades que se viram, com razão, desapontados.

Não influencia no caso se a aproximação da autora deu-se em razão de comparecimento ou não ao feirão, pois o que importa é que, seja no feirão, seja por outras vias, a instituição financeira colocou-se na condição de parceira da incorporadora e da construtora, o que é mais do que suficiente para despertar uma fundada crença na solidez do negócio, tornando a casa bancária corresponsável pela frustração do empreendimento. E como dito acima, não ter sido concluído o contrato de mútuo imobiliário nada implica ao feito, pois o surgimento de deveres e direitos antecede o pacto, emanando da aproximação das partes.

Por outro lado, a ausência de entrega das unidades e a descontinuidade do projeto original apresentado ao público são incontroversas e afastam maiores ponderações a respeito. A incorporação imobiliária não foi levada a bom termo em razão de divergência entre as rés, perante as quais, nessa questão, a consumidora figura como terceira inocente e prejudicada. Tudo indica que falha na aferição das condições jurídico-econômicas da incorporadora e da construtora, constada tardiamente, veio a obstar a continuidade do planejamento realizado inicialmente, abortando-se a empresa.

Não se há de falar em inadimplência da autora quando foi a CEF que obstou a concessão de financiamentos. A incorporadora sabia que o negócio poderia resultar ineficaz diante da negativa de financiamento pela CEF e ao que tudo indica foi por problemas da própria construtora – e não da consumidora – que o prédio não saiu do chão. A consumidora, mesmo tendo tido, ao que tudo indica, seu crédito aprovado, inclusive recebendo cartão de conta aberta para débito das prestações, é que se viu pasma diante do descompasso da atuação das demandadas. Tanto a autora não foi a causadora do insucesso da construção que em outro feito a Sahyun Empreendimentos e Participações Ltda. e a Construtora Kadesh Ltda. buscaram ressarcir-se dos danos sofridos mediante a condenação da CEF.

E a incorporadora em hipótese alguma pode ser vista como juridicamente alheia ao ocorrido tendo em vista que tudo indica que inconsistência de sua parte ensejaram a frustração do financiamento da obra. A construção foi paralisada e nem se a autora apresentasse o dinheiro à vista receberia a unidade prometida, pois o empreendimento como um todo simplesmente parou. Da mesma forma que a CEF não pode ser tida como terceira em relação aos erros da incorporadora e da construtora, de igual maneira eventual equívoco da instituição financeira em relação à avaliação das condições jurídico-econômicas das demais demandadas pode ser tida como algo indiferente à sorte do empreendimento que não foi realizado e que ensejou a inocorrência de cumprimento do pactuado. A única parte ingênua no contexto e que não pode assumir o risco do empresa é a consumidora; os demais, assumem conjuntamente os riscos do negócio e resolvem suas pendências entre si, não sujeitando o destinatário da obra.

Portanto, ambas rés agiram de modo a frustrar interesse legítimo da autora na conclusão do negócio, ainda que este não pudesse, em si, ser exigido, pois ausentes os elementos necessários para se reconhecer o direito à conclusão e execução dos contratos de venda e financiamento imobiliário. O que se tutela em casos tais, quando o pacto não restou integralmente formado – houve a assinatura de instrumento particular de promessa de compra e venda (fls. 40-47) sem a formalização do mútuo de escopo -, tendo a proximidade das partes ensejado a formação de expectativas legítimas, mas não de posição jurídica emanada de um contrato preliminar – o que daria ensejo à pretensão à formação do pacto em si -, é a eventual indenização do quanto foi investido na pontuação e a frustração psicológica decorrente da inocorrência do negócio almejado. Tem-se aqui aproximadamente aquilo que Rudolf von Jhering chamou de tutela do interesse negativo em contraposição ao interesse positivo.

Assim, a indenização na hipótese de frustração de interesse legítimo decorrente de confiança legitimamente adquirida não abrange lucros cessantes ou a perda de uma chance. Nesse

sentido, aliás, o julgamento do Recurso Extraordinário 43.951 pelo Supremo Tribunal Federal que circunscreveu a reparação aos danos emergentes. Até mesmo porque a autora não havia pago o imóvel, de forma que poderia ter investido em outra unidade imobiliária, dentre as diversas opções existentes na região de seu interesse, como aliás bem pontuado pela eminente magistrado prolator da sentença de fl. 730 verso.

E no caso em tela, a autora comprova que gastou com a intermediação (fl. 49) relativa à imobiliária que realmente era anunciada como responsável pela corretagem do empreendimento (fl. 184 verso), o que revela a ocorrência do investimento pertinente ao início da execução do negócio consubstanciado nos contratos coligados de compra e venda e de financiamento imobiliário. Eis um dano emergente claro e sobre o qual se impõe a indenização.

Já a necessidade de contratação de despachante imobiliário é duvidosa, ainda que pareça ter ocorrido. A princípio, é desnecessária tal espécie de serviço, sendo tal investimento uma faculdade e uma comodidade a favor de quem deseja adquirir imóvel financiado. Entendo, assim, que não se pode considerar tal investimento como dano indenizável, sob pena de colocar-se sobre os ombros de terceiros um gravame de difícil controle e mensuração. Note-se que o despachante imobiliário, diferentemente da corretora, não é anunciado publicamente como componente da parceria a concretizar o empreendimento. Dessa forma, rejeita-se o pleito no ponto.

Quanto ao dano moral, tem-se que o incômodo ultrapassa em pequena monta o dissabor natural daqueles infortúnios que podem acontecer com qualquer um. Realmente, após dispender tempo e dinheiro é normal que sobrevenha um aborrecimento considerável, mas nunca a ponto de tornar a vida especialmente difícil ou a ponto de mudar a rotina da prejudicada. O tempo decorrido até que a autora buscasse a resolução judiciária da situação é indiciária de que o acontecimento não lhe causou mal grave. Por isso, entendo que o valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais) é justo, não representando enriquecimento sem causa e nem deixando a angústia sem compensação.

Ante o exposto, primeiramente, extingo o processo, sem resolução de mérito, em relação à Construtora Kadesh Ltda., reconhecendo-lhe a impossibilidade de responder à ação judicial (art. 485, IV, do CPC). Sem condenação em honorários no ponto.

Apreciando o mérito em relação às demais rés, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a demanda, condenando as mesmas, solidariamente, ao pagamento de indenização por dano material no valor nominal de R$ 4.536,00 e de R$ 8.000,00 (oito mil reais) a título de compensação por dano imaterial. Quanto ao pleito que sobejou, o mesmo é rejeitado.

Condeno as rés solidariamente, ainda, ao pagamento de honorários sucumbenciais no valor de 15% do valor da condenação e em igual montante a autora em face de cada demandada perante a qual parcialmente sucumbiu, mas ficando em relação a esta a exigibilidade suspensa em razão da gratuidade deferida. Sem compensação de honorários. Custas pela metade para cada lado, suspensa a exigibilidade em relação à autora.

Juros de 1% a.m. a contar de 24.07.2010 (STJ, Recurso Especial 1.479.864, bem como súmula 54, também do STJ) no que tange tanto à indenização por dano material quanto imaterial, sendo ainda aplicada a correção monetária (IPCA-E) a contar do evento danoso 24.07.2010 em relação ao dano material e desta sentença que toca à compensação do dano moral (súmula 362 do STJ).

Registre-se. Publique-se. Intime-se.

Juiz Federal TIAGO BITENCOURT DE DAVID

PROCEDIMENTO COMUM
0001726-06.2016.4.03.6183

Autor: EDUARDO JOSÉ MAGALHÃES MARTINS JUNIOR
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/04/2018

EDUARDO JOSÉ MAGALHÃES MARTINS JUNIOR, nascido em 24/04/1972, ajuizou a presente ação, em face do *INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS*, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, visando à concessão de pensão especial vitalícia para vítimas de Talidomida, desde a data do requerimento administrativo, em *18/12/2013*.

Narrou deformidade congênita nos quatro membros, causada pela ingestão da medicação Talidomida pela genitora.

Juntou procuração e documentos (fls. 44/108).

Concedidos os benefícios da assistência judiciária gratuita, a análise do pedido de tutela provisória de urgência foi postergada para ser realizada após a vinda do laudo pericial (fls. 11/113).

Em Juízo, foram realizadas duas perícias, por especialista em clínica médica (fls. 120/128) e por médico geneticista (fls. 143/148).

O INSS apresentou contestação (fls. 150/165).

O Ministério Público Federal manifestou-se para declinar a necessidade de sua intervenção, pois o autor não é incapaz para atos da vida civil, ausente interesse público a justificar a sua intervenção no processo (fls. 175/176).

É o relatório. Passo a decidir.

A pensão especial aos portadores de deficiência física conhecida por "Síndrome de Talidomida" é disciplinada pela Lei nº 7.070/82, autorizando a concessão do benefício de forma vitalícia e intransferível, conforme abaixo destacado:

> Art 1º - Fica o Poder Executivo autorizado a conceder pensão especial, mensal, vitalícia e intransferível, aos portadores da deficiência física conhecida como "Síndrome da Talidomida" que a requererem, devida a partir da entrada do pedido de pagamento no Instituto Nacional de Previdência Social - INPS.

A concessão do benefício, nos termos do art. 2º da Lei nº 7.070/82, depende apenas de prova do nexo causal entre a malformação apresentada pelo autor e o uso da medicação informada durante a gestação.

A talidomida é medicamento ansiolítico amplamente comercializado após os anos de 1950 para controlar náuseas e tensão durante a gestação, antes do descobrimento científico dos males provocados nos fetos. A partir dos anos 1960, descobriram-se os efeitos provocados pela ingestão do fármaco por gestantes e seu uso foi banido. No Brasil, o medicamento não foi retirado de circulação e continuou a ser distribuído na rede pública para tratamento de estados reacionais da hanseníase.

Os sobreviventes da síndrome apresentam, em regra, alterações de membros (ausência

de elementos intermediários), alterações do eixo radial, amelia de membros, anomalias na estrutura vertebral e outros problemas, como anomalias oculares.

Há outras síndromes congênitas com características similares àquelas apresentadas pela síndrome de talidomida. A técnica científica atual não desenvolveu exame laboratorial suficiente para apurar com certeza absoluta que a malformação desenvolvida nos sobreviventes seja decorrente do uso do medicamento.

Na ausência de critério preciso científico, a conclusão deve ser realizada com análise do quadro clínico das lesões, idade do autor, declaração da genitora sobre contato com a medicação e demais provas produzidas nos autos.

No caso em análise, o uso de medicação pela genitora é compatível com períodos de comercialização do medicamento e, ademais, consta nos autos que o contato com a droga ocorreu em decorrência do tratamento de hanseníase de seu marido, pois "as pílulas foram guardadas junto a outras".

A primeira perícia médica realizada em juízo concluiu pela falta de elementos suficientes para comprovar o nexo da deformidade com a ingestão do medicamento. No entanto, recomendou análise por especialista em doenças genéticas (fl. 124).

Realizada perícia por médico geneticista, o perito narrou malformação nos quatro membros do autor. Embora não sejam totalmente típicas da síndrome em análise, conclui o perito pela presença de várias características da síndrome de talidomida. Destaco trecho em questão: "*O Sr. Eduardo apresenta várias características que podem ocorrer na síndrome da talidomida, entre as quais: alteração de eixo radial, anomalia mesomélicas em membros superiores, anomalias mesomélicas em membros inferiores, anomalias proximais de mãos e anomalias de pés*" (fl. 148). *Grifei.*

O conjunto probatório, portanto, autoriza a concessão da pensão vitalícia à vítima de talidomida, pois o nascimento do autor coincide com o período de comercialização da droga no país e a caracterização da deficiência está associada à efetiva utilização do medicamento durante a gestação de sua genitora, comprovando o nexo causal.

O benefício deve ser concedido desde a data do requerimento administrativo, em *27/02/2014*, conforme documentos dos autos e carta de indeferimento (fl. 105).

Nos termos do art. 1º, §2º, da Lei 7.070/1982, a natureza e os indicadores de dependência do autor estão relacionadas ao grau de incapacidade para o trabalho, para deambulação, para a higiene pessoal e para a própria alimentação, atribuindo-se de um a dois pontos, respectivamente, conforme o grau de dependência seja parcial ou total.

No caso dos autos, o autor possui apenas o membro inferior esquerdo, porém, com hipertrofia muscular e mobilidade parcial dos dedos (fl. 143 verso).

Diante disso, o perito concluiu pela completa dependência do autor, nos seguintes termos: "A incapacidade é total e permanente para o trabalho. *O periciando necessita de assistência permanente de outra pessoa para atividades que exijam manipulação mínima, cuidados pessoais, higiene própria, locomoção, deambulação, alimentação e exercício mínimos de cidadania*" (fl. 146 - verso). – *Grifei.*

O quadro descrito é compatível com a *pontuação em grau máximo de oito pontos*, conforme estabelecido em lei, autorizando este juízo a reconhecê-la, tendo em vista a suficiência das dificuldades narradas em perícia e a própria constituição física do autor (veja fotografia de fl. 52).

Considerando a idade maior de 35 anos do autor, a necessidade de assistência permanente

de terceira pessoa e a pontuação superior a seis pontos, é devido o adicional de 25% (vinte e cinco por cento) na pensão vitalícia, nos termos do art. 3º, §2º, da Lei 7.070/1982.

Por fim, o benefício pretendido possui caráter indenizatório, não prejudicando o recebimento de outros benefícios de natureza previdenciária, nos termos do art. 3º, §1º, da 7.070/1982, podendo ser cumulado com o benefício de pensão por morte recebida pelo autor (NB 756.070.406).

Diante do exposto, *julgo parcialmente procedente* o pedido para: *a)* conceder a pensão especial por síndrome de talidomida ao autor, desde a data do requerimento administrativo, em *27/02/2014*; *b)* declarar a dependência de terceiros e condenar o INSS a acrescentar no valor da renda mensal inicial o adicional de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. do art. 3º, §2º, da Lei 7.070/1982; *c)* condenar o INSS a calcular o benefício concedido, considerando o máximo de *08 (oito) pontos*, relativo ao grau de dependência, nos termos do art. 1º, da Lei 8.686/93, e proceder ao pagamento de atrasados.

As prestações em atraso são devidas desde *27/02/2014*, apuradas em liquidação de sentença, com correção monetária e juros na forma do Manual de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal em vigor na data da execução, mas com observância do decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com força de repercussão geral, no RE nº 870947/SE, no que toca à correção monetária.

Considerando o direito ora reconhecido e seu caráter alimentar, evidenciado o perigo de dano, *concedo a tutela de urgência* para implementação do benefício no prazo de 20 (vinte) dias úteis, contados do recebimento da notificação eletrônica, bem como confirmo a decisão que antecipou os efeitos da tutela deferida às fls. 69/71.

Condeno o réu ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência no percentual mínimo sobre valor da condenação, a ser definido após liquidação da sentença, nos termos do art. 85, §3º, inciso III, e §4º, inciso II, do CPC, observada a Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça.

Não é hipótese de reexame necessário, vez que, embora ilíquida, é evidente que a condenação, mesmo com todos os seus acréscimos, não alcançará a importância de 1000 salários mínimos (artigo 496, § 3º, do Novo Código de Processo Civil).

Intime-se o Ministério Público Federal.

Custas na forma da Lei.

P.R.I.

São Paulo, 15 de março de 2018.

Juiz Federal RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

MANDADO DE SEGURanÇA
0003700-88.2016.4.03.6115

Autores: HENRIQUE FERREIRA GUIMARÃES E GABRIEL FERRARI DA CRUZ
Réus: INEP E UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO CARLOS - SP
Juiz Federal: RICARDO UBERTO RODRIGUES
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/08/2018

Vistos.

Henrique Ferreira Guimarães e *Gabriel Ferrari da Cruz*, assistidos por suas mães, ajuizaram ação, pelo rito comum, em face da *União Federal* e do *INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira*, na qual se objetiva antecipação de tutela "a fim de que o INEP seja compelido, quanto aos Autores do presente procedimento, a elaborar e aplicar aos Autores do presente procedimento prova que atente para os termos da Lei Federal nº 13.146/2015, ou seja, adequada e condizente, quanto à forma e conteúdo, à deficiência mental apresentada pelos Demandantes e que se encontra suficientemente caracterizada na documentação que instrui a presente demanda" e "especificamente no tocante à prova de redação integrante do ENEM, seja o INEP compelido a providenciar aos Autores do presente procedimento o enunciado de forma clara e adequado às condições dos inscritos, ambos portadores de Síndrome de Aspenger, bem como que a correção a ser levada a efeito pela banca examinadora leve em consideração a singularidade e particularidades dos Autores" e, por fim, "seja o INEP compelido a providenciar e garantir, durante a aplicação da prova, a presença de profissionais qualificados para o acompanhamento e orientação dos Autores no atendimento de tudo o quanto se faça necessário". Ao final, ratificaram os pedidos formulados em tutela de urgência.

Aduzem, em apertada síntese, que o autor Henrique Ferreira Guimarães é portador de doença com CID F84.5, denominado Transtorno de Asperger (TA), pelo que apresenta dificuldades relacionadas ao desempenho acadêmico global, mas possui potencial cognitivo para as áreas de interesse, nas quais pode apresentar rendimento superior à média. Asseveram que o autor é capaz de conduzir sua formação em nível superior sem restrições e de realizar plenamente as atividades relacionadas, todavia, seu desempenho acadêmico deve ser avaliado de maneira especial, notadamente pelas dificuldades que apresenta com o grafismo, sendo necessário o acompanhamento e a avaliação por intermédio de profissional que considere os déficits psicomotores próprios das pessoas com Síndrome de Asperger, com disponibilização de mobiliário e sala adequada, livre de distratores, e tempo superior para realizar a prova.

Relata a inicial que o autor Gabriel Ferrari da Cruz também é diagnosticado com Transtorno de Asperger (CID F84.0 e G40.9), sendo dependente nas habilidades adaptativas para a idade, necessitando de acompanhante em transporte coletivo, razão pela qual necessita do mesmo acompanhamento e da disponibilização e ambiente e tempo adequado para a realização da prova.

Alegam que ambos são estudantes e pretendem ingressar no ensino superior, submetendo-se à prova do ENEM-2016, realizado pelo INEP, na qual já se encontram devidamente inscritos. Ressaltam que o edital do certame prevê no item 2.2 a possibilidade de atendimento "especializado" ou "específico" para o caso dos autores; todavia, o Edital não atende aos termos da Lei nº 13.146/2015, uma vez que as provas devem ser elaboradas de forma adequada à sua

deficiência, com a correção também adequada à sua espécie de deficiência. Aduzem dificuldades quanto à linguagem, atenção, visuopercepção, planejamento, organização e flexibilidade cognitiva e na memória de trabalho ou operacional. Invocam o direito previsto no Estatuto da Pessoa com Deficiência de ser disponibilizada prova em formato acessível para atendimento às necessidades específicas do candidato com deficiência, a dilação de tempo para a realização do exame e a adoção de critérios de avaliação das provas escritas, discursivas e de redação que considerem a singularidade linguística da pessoa com deficiência. Asseveram que a aplicação do princípio da isonomia contempla a possibilidade de tratamento diferenciado aos desiguais. Batem pela necessidade de concessão da liminar.

Com a inicial juntaram procuração e documentos (fls. 19/95).

A tutela antecipada foi concedida para determinar ao INEP as seguintes obrigações de fazer (fls. 99/114): a) aplicar prova condizente, quanto à forma e conteúdo, com a deficiência mental apresentada pelos autores (Síndrome de Asperger); b) elaborar provas com enunciados claros, de modo a facilitar a intelecção pelos autores, segundo suas deficiências; c) que a correção das provas, levada a efeito pela banca examinadora, considere a singularidade e particularidades dos Autores; d) disponibilização de profissionais adequados para o acompanhamento das provas pelos autores, notadamente de "psicopedagogos". Determinou-se, outrossim, que o cumprimento da medida deveria ser comprovado nos autos até 15 (quinze) dias após a realização das provas e até 15 (quinze) dias após a realização da respectiva correção e divulgação do resultado, sob pena de multa diária no importe de R$ 300,00 (trezentos reais), até o limite de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), a ser revertida aos autores.

Informada a interposição de agravo de instrumento pelo INEP a fls. 117/140, sobreveio informação o indeferimento do efeito suspensivo almejado (fls. 142/verso).

Emenda à inicial na qual se requer a *exclusão da União* do polo passivo (fl. 143).

Informado, pelo INEP, o cumprimento parcial das obrigações determinadas na decisão que antecipou os efeitos da tutela (fls. 144/147).

Citado, o INEP ofereceu contestação a fls. 148/156. Argui, preliminarmente, a conexão ou continência da presente demanda em relação aos autos nº 0001470-73.2016.4.03.6115. No mérito, aduz que o Edital do ENEM 2016 dispensou tratamento diferenciado aos portadores de necessidades especiais nos itens 2.2.1.1, 2.2.2 e 2.2.3. Discorre sobre as normas constitucionais e infralegais acerca da proteção à pessoa com deficiência. Ressalta que, em relação à deficiência dos autores, foi editada a Lei nº 12.764/2012. Destaca que não se discute o direito da pessoa com deficiência de dispor de tratamento diferenciado, todavia assevera que o tratamento deve ser balizado pelo princípio da legalidade, igualdade e pela premissa que as políticas públicas são implementadas de forma gradativa. No caso dos autos, afirma que o Réu assegurou "de modo satisfatório", os direitos dos autores. Sustenta que a "vastidão" de deficiências existentes impede a realização de uma prova específica para cada uma. Enfatiza que, no caso dos autores, "há um espectro demasiadamente grande para ofertas individuais de recursos na aplicação do exame, uma vez que as necessidades variam muito de indivíduo para indivíduo". Afirma a impossibilidade de aplicação diferenciada no conteúdo e na forma, bem como na correção, que possa ser padronizada e replicada com segurança em todos os casos. Diz que os autores, embora apresentem a mesma deficiência, possuem dificuldades distintas. Pontua que o art. 41 do Decreto nº 3.298/99 determina que a pessoa com deficiência participará das provas de concurso em igualdade de condições com os demais candidatos no que tange ao conteúdo da prova, avaliação e critérios de aprovação. Pondera que, em curto espaço de tempo, entre o deferimento da liminar e a realização das provas, é impossível o atendimento das obrigações

determinadas na decisão antecipatória. Afirma a inexistência de estudos que explicitem qual modelo de prova a que as pessoas com Síndrome de Asperger devem ser submetidas. Sustenta a inexistência de previsão legal para a aplicação de provas e critérios de correção diferenciados aos portadores de síndromes de asperger; a absoluta impossibilidade fática de cumprimento do quanto requerido pelos autores; a ausência de elementos científicos que comprovem a que tipo de avaliação devem ser submetidos os autores. Bate pela vinculação ao Edital e a violação ao princípio constitucional da separação de poderes. Requer, ao final, a improcedência dos pedidos.

Juntou documentos (fls. 157/184).

Manifestou-se o MPF a fls. 186/187.

Réplica a fls. 189/193, com a qual houve a juntada de documentos (fls. 194/195).

Despacho saneador a fls. 196/198, no qual foram enfrentadas as seguintes questões: a) fixados os pontos controvertidos quanto à impossibilidade absoluta ou não de cumprir a tutela deferida e os danos suportados pelos autores; b) deferida, inicialmente, a juntada de laudos técnicos que demonstrem a (im)possibilidade de atendimento das demanda formulada pelos autores; c) determinado que o INEP comprove o cumprimento do item "c" da decisão que deferiu a tutela; d) acolhida a emenda à inicial e determinada a exclusão da União do polo passivo; e) reconhecida a conexão com o feito nº 0001470-73.2016.4.03.6115.

Requerida a dilação de prazo pelo INEP para cumprimento da decisão a fls. 202/203 e juntados documentos a fls. 204/205.

Manifestaram-se os autores a fls. 207/214 e juntaram documentos a fls. 215/506.

Manifestou-se o MPF no sentido do descumprimento da tutela antecipada e pela aplicação de multa a fls. 510/verso.

Determinada a realização de prova pericial e testemunhal a fls. 512/515.

Juntados documentos pelo INEP a fls. 526/596, 599/607, 609/610.

Quesitos pelo INEP a fls. 616/617 e pelos autores a fls. 618/619.

MPF reputa suficientes quesitos das partes e do juízo a fl. 625.

Em audiência, foram colhidos os depoimentos pessoais dos representantes legais dos autores e ouvidas as testemunhas arroladas (fls. 626/635).

Informações prestadas pelo setor administrativo no sentido de falha na gravação dos depoimentos das partes e testemunhas a fls. 640/647.

Expedido ofício à Diretoria do Foro noticiando a falha ocorrida e requerendo a responsabilização da empresa contratada para a prestação do serviço (fls. 648/650).

Determinada a realização de nova audiência a fl. 651.

Juntados documentos pelo MPF, extraídos do Inquérito Civil Público nº 1.34.023.000107/2016-21 a fls. 688/718.

Em audiência, foi colhido o depoimento pessoal da representante legal do autor Henrique e os depoimentos das testemunhas arroladas pelas partes (fls. 736/744).

A fl. 745 foi juntado documento apresentado por testemunha em audiência.

Laudo Pericial juntado a fls. 750/761.

Manifestaram-se as partes a fls. 764/767 (autores) e fls. 775/786 (INEP).

Parecer pelo MPF a fls. 789/verso.

Convertido o julgamento em diligência a fls. 800/801.

Os autores juntaram documentos a fls. 805/811.

Requeridos esclarecimentos à perita pelo INEP a fls. 813/815.

Juntados esclarecimentos pela perita judicial a fls. 817 e verso.

Intimadas as partes, manifestaram-se, derradeiramente, as partes (fls. 819/820 e 824/825.

Após parecer pelo MPF, vieram-me os autos conclusos para sentença.

É, no essencial, o relatório.

Fundamento e decido.

II

A questão central dos presentes autos envolve a materialização da prestação estatal no que tange à promoção do acesso da pessoa com deficiência ao ensino superior. Inegavelmente, a discussão travada na presente demanda perpassa pela análise do alcance e da evolução do princípio constitucional da isonomia, notadamente no que diz respeito à transição de uma concepção de igualdade formal para a denominada "igualdade material". Nesse passo, consoante preleciona *Paulo Bonavides*:

> O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo.
> De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado social.

E adverte que:

> Deixou a igualdade de ser a igualdade jurídica do liberalismo para se converter na igualdade material da nova forma de Estado. Tem tamanha força na doutrina constitucional vigente que vincula o legislador, tanto que o faz a lei ordinária nos Estados-membros e na órbita federal como aquele que no círculo das autonomias estaduais emenda a Constituição ou formula o próprio estatuto básico da unidade federada. Na presente fase da doutrina, já não se trata em rigor, como assinalou Leibholz, de uma igualdade 'perante' a lei, mas de uma igualdade 'feita' pela lei, uma igualdade 'através' da lei.
> [...]
> A importância funcional dos direitos sociais básicos, assinalada já por inumeráveis juristas do Estado social, consiste pois em realizar a igualdade na Sociedade; 'igualdade niveladora', volvida para situações humanas concretas, operada na esfera fática propriamente dita e não em regiões abstratas ou formais de Direito.
> Pelo princípio da igualdade material entende-se, segundo Pernthaler, que o Estado se obriga mediante intervenções de retificação na ordem social a remover as mais profundas e perturbadoras injustiças sociais.

Destacando a importância do princípio da isonomia e as fases de sua evolução, *Ingo Wolfgang Sarlet* e *Gabrielle Bezerra Sales Sarlet*, em percuciente artigo doutrinário, afirmam que:

> [...] o princípio da igualdade (e a noção de isonomia) guarda relação íntima com a noção de Justiça e com as mais diversas teorizações sobre a Justiça, posto que, além de outras razões

> que podem ser invocadas para justificar tal conexão, a justiça é sempre algo que o indivíduo vivencia, em primeira linha, de forma intersubjetiva e relativa, ou seja, na sua relação com outros indivíduos e na forma como ele próprio e os demais são tratados.
> [...]
> Nessa perspectiva, é possível, para efeitos de compreensão da evolução anteriormente apontada, identificar três fases que representam a mudança quanto ao entendimento sobre o princípio (e direito) da igualdade, quais sejam: a) a igualdade compreendida como igualdade de todos perante a lei, em que a igualdade também implica a afirmação de prevalência da lei; b) a igualdade compreendida como proibição de discriminação de qualquer natureza; c) igualdade como igualdade da própria lei, portanto, uma igualdade 'na' lei.

Destacam os ilustres doutrinadores que a concepção material de igualdade na terceira fase – igualdade na lei – impõe ao Estado um dever de compensação das desigualdades sociais, econômicas e culturais – igualdade social ou de fato – notadamente ao se constatar que a Constituição Federal de 1988 não se limitou a enunciar um direito geral de igualdade, mas estabelece, ao longo do texto constitucional, "uma série de disposições impositivas de um tratamento igualitário e proibitivas de discriminação (cláusulas especiais de igualdade")" e asseveram que no Brasil o princípio (e direito) da igualdade abrange pelo menos três dimensões: a) proibição do arbítrio, de modo que tanto se encontram vedadas diferenciações destituídas de justificação razoável com base na pauta de valores constitucional, quanto ao tratamento igual para situações manifestamente iguais; b) proibição de discriminação, portanto, de diferenciações que tenham por base categorias meramente subjetivas; c) obrigação de tratamento diferenciado com vistas à compensação de uma desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelo Poder Público, de desigualdades de natureza social, econômica e cultural.

Nessa esteira, exsurge a questão da vulnerabilidade das pessoas com deficiência, a qual evoluiu de uma perspectiva individualista e ambientada nas ciências médicas, que considerava a vulnerabilidade dessas pessoas como uma "tragédia pessoal" (modelo médico), para situar o tema "no campo das construções sociais, políticas e econômicas" (modelo social), como bem destaca Leonel Pires Ohlweiler, que, citando Anthony Giddens, pontuou que o "modelo social de deficiência" foi construído a partir da tese "segundo a qual a deficiência seria uma forma de opressão social, pois, deste modo, 'a deficiência não era mais compreendida como problema de um indivíduo, mas em termos de barreiras sociais que as pessoas com limitações enfrentam para participarem plenamente da sociedade'".

Sob tal enfoque, assume especial relevo a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que adotou o "modelo social", ultrapassando a concepção do "modelo médico", ao estabelecer em seu art. 1º que: "Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir *sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas*" (grifo nosso).

A adoção de uma concepção "biopsicossocial" de deficiência impõe ao Estado e a toda sociedade o dever de empreender esforços para a interação da pessoa com deficiência em igualdade de condições com as demais pessoas. A propósito, enfatizam *Ingo Wolfgang Sarlet* e *Gabrielle Bezerra Sales Sarlet* que "a nova perspectiva para a deficiência implica a concreta equalização de igualdade e de dignidade para todos, indistintamente, promovendo, no que for necessário, as ações afirmativas adequadas para a inversão do contexto discriminatório que ainda perdura até a atualidade por um padrão solidário e inclusivo" e acrescem que "um dos legados mais importantes desse modelo social foi a compreensão contemporânea da deficiên-

cia em uma abordagem coletiva que se projeta para a pluralidade, para a tolerância e para a diversidade. O outro legado foi a consciência de que cabe a todos, solidariamente, a retirada das barreiras sociais, intelectuais, culturais e arquitetônicas que separam todas as pessoas, deficientes ou não. Portanto, diz-se que houve a neutralização do aspecto estigmatizante que se pensava estar ínsito à noção de deficiência."

E, no que se refere ao direito à *educação*, o art. 24 da Convenção estabeleceu o seguinte:

> 1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos:
> a) O pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e auto-estima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana;
> b) O máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais;
> c) A participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre.
> 2. Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que:
> a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência;
> b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem;
> c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas;
> d) As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;
> e) Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena.
> 3.Os Estados Partes assegurarão às pessoas com deficiência a possibilidade de adquirir as competências práticas e sociais necessárias de modo a facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade. Para tanto, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas, incluindo:
> a) Facilitação do aprendizado do braille, escrita alternativa, modos, meios e formatos de comunicação aumentativa e alternativa, e habilidades de orientação e mobilidade, além de facilitação do apoio e aconselhamento de pares;
> b) Facilitação do aprendizado da língua de sinais e promoção da identidade lingüística da comunidade surda;
> c) Garantia de que a educação de pessoas, em particular crianças cegas, surdocegas e surdas, seja ministrada nas línguas e nos modos e meios de comunicação mais adequados ao indivíduo e em ambientes que favoreçam ao máximo seu desenvolvimento acadêmico e social.
> 4.A fim de contribuir para o exercício desse direito, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para empregar professores, inclusive professores com deficiência, habilitados para o ensino da língua de sinais e/ou do braille, e para capacitar profissionais e equipes atuantes em todos os níveis de ensino. Essa capacitação incorporará a conscientização da deficiência e a utilização de modos, meios e formatos apropriados de comunicação aumentativa e alternativa, e técnicas e materiais pedagógicos, como apoios para pessoas com deficiência.
> 5.Os Estados Partes assegurarão que as pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino superior em geral, treinamento profissional de acordo com sua vocação, educação para adultos e formação continuada, sem discriminação e em igualdade de condições. Para tanto, os Estados Partes assegurarão a provisão de adaptações razoáveis para pessoas com deficiência.

Vale rememorar que o Brasil é signatário da Convenção em epígrafe e que a "internalizou" em nosso ordenamento jurídico (Decreto Legislativo nº 186/2008 e Decreto nº 6.949/2009) mediante a adoção do rito especial previsto no art. 5º, §3º, da Constituição Federal, o que lhe conferiu a envergadura de emenda constitucional.

É importante destacar que, mesmo no texto constitucional originário, ao se estabelecer a educação como "direito de todos e dever do Estado" (art. 205) e a oferta de atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência (art. 208, III), a Carta da República já determina a necessidade de adoção de políticas públicas para a superação da desigualdade de oportunidades e de inclusão das pessoas com deficiência (cláusulas especiais de igualdade).

Também se encontra plasmado no texto constitucional o princípio de igualdade de condições de acesso ao ensino (art. 206, I) e a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, segundo a capacidade de cada um (art. 208, V).

Acresça-se que o Brasil possui vasto arcabouço legislativo que versa sobre a questão da pessoa com deficiência no ensino superior: Decreto nº 3.956/2001, que ratificou a Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra a pessoa com deficiência; Portaria nº 3.284/2003, que tratou dos requisitos de acessibilidade no que toca aos processos de autorização, de reconhecimento e credenciamento de instituições; Decreto nº 5.296/2004, que estabeleceu as normas gerais e os critérios básicos para o atendimento prioritário e para a acessibilidade de pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida; Decreto nº 7.611/2011, que implantou o atendimento educacional especializado e previu a estruturação de núcleos de acessibilidade nas IES federais, dentre outros.

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, veiculado pela Lei nº 13.146/2015, estabeleceu-se a necessidade de criação e manutenção de um sistema educacional inclusivo em todos os níveis de ensino:

> Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.
> § 1o Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.
>
> Art. 9o A pessoa com deficiência tem direito a receber atendimento prioritário, sobretudo com a finalidade de:
> III - disponibilização de recursos, tanto humanos quanto tecnológicos, que garantam atendimento em igualdade de condições com as demais pessoas;
>
> Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.
> Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.
>
> Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

I - sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida;
II - aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena;
III - projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos estudantes com deficiência e garantir o seu pleno acesso ao currículo em condições de igualdade, promovendo a conquista e o exercício de sua autonomia;
IV - oferta de educação bilíngue, em Libras como primeira língua e na modalidade escrita da língua portuguesa como segunda língua, em escolas e classes bilíngues e em escolas inclusivas;
V - adoção de medidas individualizadas e coletivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social dos estudantes com deficiência, favorecendo o acesso, a permanência, a participação e a aprendizagem em instituições de ensino;
VI - pesquisas voltadas para o desenvolvimento de novos métodos e técnicas pedagógicas, de materiais didáticos, de equipamentos e de recursos de tecnologia assistiva;
VII - planejamento de estudo de caso, de elaboração de plano de atendimento educacional especializado, de organização de recursos e serviços de acessibilidade e de disponibilização e usabilidade pedagógica de recursos de tecnologia assistiva;
VIII - participação dos estudantes com deficiência e de suas famílias nas diversas instâncias de atuação da comunidade escolar;
IX - adoção de medidas de apoio que favoreçam o desenvolvimento dos aspectos linguísticos, culturais, vocacionais e profissionais, levando-se em conta o talento, a criatividade, as habilidades e os interesses do estudante com deficiência;
X - adoção de práticas pedagógicas inclusivas pelos programas de formação inicial e continuada de professores e oferta de formação continuada para o atendimento educacional especializado;
XI - formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio;
XII - oferta de ensino da Libras, do Sistema Braille e de uso de recursos de tecnologia assistiva, de forma a ampliar habilidades funcionais dos estudantes, promovendo sua autonomia e participação;
XIII - acesso à educação superior e à educação profissional e tecnológica em igualdade de oportunidades e condições com as demais pessoas;
XIV - inclusão em conteúdos curriculares, em cursos de nível superior e de educação profissional técnica e tecnológica, de temas relacionados à pessoa com deficiência nos respectivos campos de conhecimento;
XV - acesso da pessoa com deficiência, em igualdade de condições, a jogos e a atividades recreativas, esportivas e de lazer, no sistema escolar;
XVI - acessibilidade para todos os estudantes, trabalhadores da educação e demais integrantes da comunidade escolar às edificações, aos ambientes e às atividades concernentes a todas as modalidades, etapas e níveis de ensino;
XVII - oferta de profissionais de apoio escolar;
XVIII - articulação intersetorial na implementação de políticas públicas.
§ 1o Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do *caput* deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações.

Art. 30. Nos processos seletivos para ingresso e permanência nos cursos oferecidos pelas instituições de ensino superior e de educação profissional e tecnológica, públicas e privadas, devem ser adotadas as seguintes medidas:

> [...]
> *III - disponibilização de provas em formatos acessíveis para atendimento às necessidades específicas do candidato com deficiência;*
> *IV - disponibilização de recursos de acessibilidade e de tecnologia assistiva adequados, previamente solicitados e escolhidos pelo candidato com deficiência;*
> *V - dilação de tempo, conforme demanda apresentada pelo candidato com deficiência, tanto na realização de exame para seleção quanto nas atividades acadêmicas, mediante prévia solicitação e comprovação da necessidade;*
> *VI - adoção de critérios de avaliação das provas escritas, discursivas ou de redação que considerem a singularidade linguística da pessoa com deficiência, no domínio da modalidade escrita da língua portuguesa;*

Agregue-se que o *Supremo Tribunal Federal* no julgamento da *ADI 5357* declarou a constitucionalidade da Lei nº 13.146/2015, reafirmando, assim, o compromisso do Brasil com as políticas de inclusão social da pessoa com deficiência:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, *caput*, da Lei nº 13.146/2015). 1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana. 2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita. 3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244. 4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta. 5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente. 6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB). 7. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV. 8. Medida cautelar indeferida. 9. Conversão do julgamento do referendo do indeferimento da cautelar, por unanimidade, em julgamento definitivo de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin, improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. (STF, ADI 5357 MC-Ref, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 10-11-2016 PUBLIC 11-11-2016)

É importante frisar que, antes mesmo do advento do Estatuto, a Lei nº 7.853/89 já garantia o acesso das pessoas com deficiência à educação com caráter especial e adequada às

suas condições.

De igual modo, já dispunha o Decreto nº 3.298/1999 (Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência) que as instituições de ensino devem oferecer adaptações em provas e o apoio necessário ao aluno com deficiência:

> Art. 27. As instituições de ensino superior deverão oferecer adaptações de provas e os apoios necessários, previamente solicitados pelo aluno portador de deficiência, inclusive tempo adicional para realização das provas, conforme as características da deficiência.
> § 1º As disposições deste artigo aplicam-se, também, ao sistema geral do processo seletivo para ingresso em cursos universitários de instituições de ensino superior.
> § 2º O Ministério da Educação, no âmbito da sua competência, expedirá instruções para que os programas de educação superior incluam nos seus currículos conteúdos, itens ou disciplinas relacionados à pessoa portadora de deficiência.
>
> Art. 28. O aluno portador de deficiência matriculado ou egresso do ensino fundamental ou médio, de instituições públicas ou privadas, terá acesso à educação profissional, a fim de obter habilitação profissional que lhe proporcione oportunidades de acesso ao mercado de trabalho.
> § 1º A educação profissional para a pessoa portadora de deficiência será oferecida nos níveis básico, técnico e tecnológico, em escola regular, em instituições especializadas e nos ambientes de trabalho.
> § 2º As instituições públicas e privadas que ministram educação profissional deverão, obrigatoriamente, oferecer cursos profissionais de nível básico à pessoa portadora de deficiência, condicionando a matrícula à sua capacidade de aproveitamento e não a seu nível de escolaridade.
> § 3º Entende-se por habilitação profissional o processo destinado a propiciar à pessoa portadora de deficiência, em nível formal e sistematizado, aquisição de conhecimentos e habilidades especificamente associados a determinada profissão ou ocupação.
> § 4º Os diplomas e certificados de cursos de educação profissional expedidos por instituição credenciada pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente terão validade em todo o território nacional.
>
> Art. 29. As escolas e instituições de educação profissional oferecerão, se necessário, serviços de apoio especializado para atender às peculiaridades da pessoa portadora de deficiência, tais como:
> I - adaptação dos recursos instrucionais: material pedagógico, equipamento e currículo;
> II - capacitação dos recursos humanos: professores, instrutores e profissionais especializados; e
> III - adequação dos recursos físicos: eliminação de barreiras arquitetônicas, ambientais e de comunicação.

E, no que se refere especificamente à pessoa com Transtorno do Espectro Autista, foi editada a Lei nº 12.764, de 27.12.2012, que institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, definindo em seu art. 1º, §1º, que é considerada pessoa com transtorno do espectro autista aquela portadora de síndrome clínica caracterizada na forma dos seguintes incisos: I - deficiência persistente e clinicamente significativa da comunicação e da interação sociais, manifestada por deficiência marcada de comunicação verbal e não verbal usada para interação social; ausência de reciprocidade social; falência em desenvolver e manter relações apropriadas ao seu nível de desenvolvimento; II - padrões restritivos e repetitivos de comportamentos, interesses e atividades, manifestados por comportamentos motores ou verbais estereotipados ou por comportamentos sensoriais incomuns; excessiva aderência a rotinas e padrões de comportamento ritualizados; interesses restritos e fixos. E estabeleceu no § 2º que a pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa

com deficiência, para todos os efeitos legais.

No ponto, há que se destacar como direito da pessoa com Transtorno do Espectro Autista *o acesso à educação e ao ensino profissionalizante* (art. 3º, "a"); bem como, em casos de comprovada necessidade, o direito a acompanhante especializado no ensino regular (parágrafo único).

Desse modo, verifica-se a existência de vasto arcabouço normativo apto a assegurar a acessibilidade aos indivíduos acometidos pelo Transtorno do Espectro Autista.

Segundo o artigo de autoria da *Professora Silvia Ester Orrú*, denominado "As singularidades da Síndrome de Asperger: desafios para usufruir do direito à educação no ensino superior", juntado a fls. 239/257, a Síndrome de Asperger "apresenta uma alteração qualitativa nas interações sociais recíprocas e um repertório de interesses e atividades restritos, apresentando fala e comportamentos estereotipados e repetitivos. Sua diferença em relação ao autismo está no fato de não haver deficiência de linguagem ou retardo do desenvolvimento cognitivo do sujeito"; conquanto destaque que parte da doutrina entenda que a Síndrome de Asperger não exista como entidade distinta do autismo, ou que seu diagnóstico invalide o de autismo. Segundo o artigo mencionado: "As escalas DSM IV, DSM IV TR e o CID 10 para o diagnóstico referem-se a déficits de comportamento, interação social e linguagem. De acordo com o DSV IV (APA, 1995) e o CID 10 (OMS, 1993) o indivíduo com Síndrome de Asperger apresenta a alteração/disfunção social do autismo na presença de inteligência 'normal', não havendo atraso de linguagem. Suas características estão relacionadas a alterações qualitativas na área de interação social recíproca, no desenvolvimento de padrões restritos e repetitivos de comportamento, atividades e interesses, além de comportamentos estereotipados e fala ecolálica conforme traz a CID 10: F8". E destaca que na quinta versão do DSM (APA, 2013) houve a unificação dos transtornos como autismo infantil, autismo atípico e Síndrome de Asperger em uma só categoria denominada "*Transtorno do Espectro do Autismo*", embora a Síndrome de Asperger seja considerada uma espécie mais branda do autismo.

Compulsando os autos, verifico que os autores comprovaram, por intermédio dos documentos de fls. 24/32, 38/49, 217/218, 219/223, 224/225 consubstanciados em atestados médicos, relatórios psicopedagógicos e declarações médicas e pelo Laudo Pericial de fls. 751/756, que são portadores da Síndrome de Asperger – Transtorno do Espectro do Autismo (TEA).

No ponto, destacou o Laudo Pericial de fls. 751/756 que: "Analisando a documentação juntada aos autos, Henrique Ferreira Guimarães padece de transtorno do espectro autista sem comprometimento intelectual concomitante e discalculia. Gabriel Ferrari da Cruz padece de transtorno do espectro autista sem comprometimento intelectual concomitante e epilepsia não especificada".

Ainda, segundo o Laudo Pericial, os autores "são portadores de TEA de nível 1, autismo leve". Em relação a este nível, o "indivíduo apresenta dificuldade na comunicação e interação social; rigidez comportamental que interfere no funcionamento em pelo menos dois contextos: dificuldades nas funções executivas de alternância, organização e planejamento que prejudicam os comportamentos de autonomia e independência". Neste caso, conforme exposto pela perícia, "o indivíduo geralmente mantém menos contato visual que o habitual, é extremamente tímido, apresenta respostas emocionais inadequadas, movimentos repetitivos e/ou incomuns, incoordenação motora, uso e interesse inadequado por objetos, dificuldade de mudança de tarefas e rotinas, ausência ou excesso de respostas a sons inesperados ou habituais, desatenção, respostas levemente anormais do paladar, olfato e tato, medo ou nervosismo em situações que indivíduos de mesma idade reagiria com normalidade, atraso global da fala, comunicação verbal

(pode ocorrer ecolalia e inversão prenominal) e não verbal anormal, agitação ou lentidão e a eficiência intelectual totalmente ou razoavelmente preservada" (fl. 753).

De logo, é importante assinalar que se constitui aspecto central da presente demanda a verificação da possibilidade de se estabelecerem adaptações mínimas e de certa forma homogêneas às provas do ENEM que possibilitem maior nivelamento das pessoas com a deficiência mencionada - Transtorno do Espectro do Autismo (TEA) – em relação aos demais candidatos, de modo a prover a igualdade material e, consequentemente, a igualdade de oportunidade e de acesso ao ensino superior.

É certo que não se pretende, de forma simplista, determinar que o Poder Público elabore avaliações "a la carte", para cada espécie ou nível de deficiência, o que tornaria impossível a elaboração de uma prova de âmbito nacional como o ENEM, mas sim definir quais seriam os requisitos mínimos e possíveis de serem disponibilizados pelo Estado para o melhor atingimento do nivelamento necessário a garantir o mínimo de igualdade de condições e competitividade.

Como bem destacado pela *Professora Sílvia Ester Orrú*: "O vestibular padronizado é excludente e não respeita as singularidades das pessoas com deficiência, especificamente neste caso, da pessoa com Síndrome de Asperger. Um processo seletivo, tal como é o vestibular, contradiz toda a legislação existente hoje no Brasil que nos orienta a produzir adequações curriculares, didáticas, metodológicas e avaliativas para que ninguém fique de fora de seu direito em receber educação. [...] Se o vestibular é a ponte obrigatória de passagem para o ensino superior, então, obrigatoriamente, ele também deve prover condições e adequações para o candidato com deficiência, especificamente, o candidato com Transtorno do Espectro do Autismo possa realiza-lo tendo seu potencial valorizado, suas limitações respeitadas e suas demandas singulares atendidas" (fls. 244/245).

Com efeito, a "inflexibilidade" dos processos seletivos não condiz com o caráter inclusivo que deve ser ínsito ao ensino superior.

Desse modo, pela prova documental, testemunhal e pericial colhida nos autos é possível extraírem-se alguns fatores de adaptação que podem melhorar a acessibilidade das pessoas com Transtorno do Espectro do Autismo (TEA).

Nesse passo, a professora *Sílvia Ester Orrú* sugere as seguintes flexibilizações para o atendimento das necessidades do candidato com Síndrome de Asperger (fl. 251): a) auxílio de um interprete de enunciados; b) adequação de sua avaliação de modo que possa fazê-la oralmente ou mesmo redigir em um quadro branco que lhe permita melhor se colocar e se organizar em um espaço maior que uma folha de papel tamanho padrão para as provas. Anota, ainda, ser razoável exigir da instituição de ensino as seguintes providências:

a) Ledor – Profissional que lê em voz alta para o candidato/aprendiz;

b) Intérprete de enunciados – profissional que lerá e explicará de maneira clara o que está sendo solicitado para a prova;

c) Transcritor – Profissional que auxilie a transcrever a redação, as questões discursivas e o gabarito;

d) Maior tempo de prova – pelo menos 25% a mais de tempo para a realização da prova;

e) Auxílio de calculadora ou computador/notebook – valorização do raciocínio presente na resolução do problema e não ênfase nas operações matemáticas utilizadas;

f) Avaliações em formato alternativo – prova oral, utilização do quadro e pincel;

g) Algum tipo de organizador durante a prova, como um esquema, por exemplo;

h) Realizar a prova em um lugar à parte, silencioso e sem distrações.

O parecer psicopedagógico juntado a fls. 217/218, elaborado pela psicopedagoga *Dra. Thaís Chabaribery*, indica a necessidade das seguintes adaptações:

a) Provas de múltipla escolha com enunciados claros, objetivos e apoio de psicopedagogo em sala para eventual interpretação dos enunciados;

b) Correção realizada ou acompanhada por profissional especializado, principalmente a prova de redação;

c) Transcritor para a transposição do gabarito da prova;

d) Uso de calculadora;

e) Mobília adaptada (mesa e cadeira separadas).

O Laudo Pericial elaborado pela *Dra. Lívia Ignácio de Freitas*, Neuropsicóloga (fls. 751/756), ao responder ao quesito "e" do Juízo, no sentido de informar se é possível estabelecer adaptações mínimas que garantam maior nivelamento de condições de disputa dos candidatos com TEA e candidatos não portadores de necessidades especiais, esclareceu o seguinte:

> "As condições mínimas para um nivelamento adequado entre os candidatos são:
> - Questões com enunciados curtos, claros e objetivos. Sem presença de figuras de linguagem, metáforas, significado dúbio ou que exija interpretações complexas.
> - Presença de profissional da área de educação para auxiliar na leitura e compreensão do que é solicitado na prova.
> - Profissional para transcrever a prova de redação e passar as questões assinaladas para o gabarito oficial.
> - Dilação no tempo de realização da prova.
> - Ajuste mobiliário (mesa e cadeiras separadas).
> -Permitir a realização da prova em sala à parte, sem presença de distratores.
> - Correção da prova de redação realizada por profissional que tenha um olhar sobre as especificidades resultantes do quadro.
> - Auxílio de calculadora para o autor Henrique, tendo em vista o quadro de discalculia. (fl. 751/verso)

Acresça-se que, mesmo nas informações prestadas pelo INEP, verifica-se que há possibilidade de realizar adaptações nas provas do ENEM considerando-se as características gerais dos indivíduos com TEA. A propósito, colhem-se do Parecer Técnico-Psicológico juntado a fls. 699/705, elaborado pela Psicóloga *Dra. Lilian da Fonseca Santos*, as seguintes orientações para adaptações da prova do ENEM:

> a) Hipo ou hiper-reatividade a estímulos sensoriais – a hiper-reatividade pode ser a característica que mais interfira na realização do ENEM, por este motivo sugere-se que estas estudantes possam realizar a prova em salas com número reduzido de pessoas, para que os estímulos auditivos (barulho) não sejam uma barreira durante a realização da prova. Deve-se considerar no formulário de inscrição um campo para o estudante apontar se tem hiper-reatividade a estímulos auditivos ou visuais, como, por exemplo, luminosidade. Com o conhecimento prévio desta característica é possível dispor uma sala adaptada para o estudante realizar o exame, desta forma esta característica não será uma barreira à participação em condições de igualdade no ENEM.
> b) Deficiência intelectual – para eliminar barreiras a esta característica deve-se ter uma avaliação adaptada em que as questões do ENEM tenham sido elaboradas utilizando uma linguagem clara e objetiva, sem expressões que possibilitem múltiplas interpretações. O uso

de imagens no enunciado e nas respostas também é indicado, pois em geral indivíduos com TEA são atentos a detalhes visuais. É indicado também que os enunciados não sejam extensos, dificultando a interpretação dos mesmos. Caso o estudante indique a necessidade, poderá ter um ledor durante a prova, o que fará com que o estudante concentre o esforço cognitivo em duas habilidades, ler e interpretar podendo levar a um prejuízo no desempenho do exame.
c) Dificuldades de coordenação motora e dispraxia – caso haja prejuízo na coordenação motora fina, que poderá comprometer a habilidade de escrita durante o exame, poderá ser oferecido ao estudante um escriba, que transcreverá suas respostas mesmo que seja apenas para assinalar uma questão. Outra adaptação é a realização da prova utilizando recursos de tecnologia assistiva, como um computador ou tablet, onde o estudante poderá responder as questões da avaliação. Estas estratégias irão eliminar a barreira do déficit motor.
d) Transtorno do déficit de atenção e hiperatividade (TDAH) – sugere-se que para os estudantes que indicarem em formulário dificuldade de atenção e concentração, seja ofertado para os mesmos o direito de realizar o exame em uma sala que não haja outros estudantes, apenas um monitor. É indicado que esta sala seja localizada em um ponto que não tenha muito barulho ou janelas dispostas para os pontos de grande movimentação. Este estudante pode dispor de tempo adicional durante o exame, pois pode precisar realizar pequenas pausas durante a avaliação, possibilitando assim que seu cérebro tenha pequenos períodos programados de descanso, diminuindo assim a dispersão durante a realização do exame.
e) Dislexia – os estudantes que indicarem no formulário dislexia ou dificuldades para leitura, devem dispor de um ledor, desta forma o exame será realizado oralmente.
f) Discalculia – os estudantes que indicarem no formulário dificuldade acentuada para compreender conceitos numéricos (discalculia), devem dispor de uma avaliação que apresente possibilidade de solucionar questões que envolvem a matemática de forma concreta. Devem ter à sua disposição durante a prova materiais concretos que auxiliem na resolução das questões aritméticas, como por exemplo, pequenas fichas que possam utilizar para facilitar a contagem. As questões que envolvem conceitos numéricos podem apresentar gráficos que irão auxiliar a compreensão da informação numérica apresentada. Estes estudantes também podem ter acesso a um profissional que os acompanhe durante o exame, para esclarecer dúvidas referentes à matemática. Estes profissionais serão capacitados a pedido do INEP para auxiliar estes estudantes e terão orientações sobre como poderão tornar a questão acessível para um estudante que tenha discalculia. Como em geral as dificuldades aritméticas apresentadas por estes estudantes são semelhantes, os profissionais de apoio terão um protocolo modelo estruturado por profissional especialista na área da discalculia.

Na mesma esteira, os depoimentos das testemunhas que promovem o acompanhamento psicológico dos autores:

Ana Cristina Roma Corsini:

Sou psicóloga clínica comportamental. Sou formada pela PUC de Campinas e tenho curso de formação em análise do comportamento, aprimoramento em família, membro da associação brasileira de psiquiatria infantil. Acompanhei o Henrique Guimarães. Com a permissão da mãe do Henrique quanto ao sigilo profissional disse que acompanha o Henrique desde que ele tinha onze anos de idade, quando a mãe dele, Débora, a procurou, pois tinha acabado de receber o diagnóstico de Síndrome de Asperger que hoje em dia a nomenclatura é diferenciada para transtorno do espectro autista. Ela fez o diagnóstico em Pirassununga com a Maria Elisa e esta orientou para que ela me procurasse. Ele ficou comigo esse tempo todo, até atualmente ele é meu paciente. Fez uma pausa de uns meses, na época do ENEM, para se dedicar aos estudos e eu achei pertinente. Eu venho trabalhando questões relacionadas ao comportamento com ele, a adequação comportamental, se engaje a encontrar um grupo de amigos, ele sempre foi

um menino muito sozinho. Depois de um tempo eu fiz um acompanhamento psicopedagógico a ele, mas eu que o acompanho. Questionada sobre o desempeno escolar do Henrique disse que ele é um menino extremamente inteligente, mas como sempre a gente encontra muitos problemas com as escolas para fazer a adaptação com ele. No começo ele sofreu um pouco até que a escola entendesse esse processo de inclusão, mas na época foram solicitadas algumas alterações, mas não curriculares, só se mexeu na forma como ele seria avaliado, fazia prova separadamente, tinha uma coordenadora que ficava com ele. Ele tinha bastante dificuldade em matemática. A primeira psicopedagoga não deu certo, não funcionou e com a segunda psicopedagoga recentemente ele teve laudo de discalculia e aí conseguimos na escola que ele não participasse das aulas de matemática. A discalculia foi revelada antes da prova do ENEM. O Henrique necessitava de emoção, precisava de coisas diferentes, aprender coisas diferentes, ele não conseguia lidar com a rotina. Nas provas precisamos de uma pessoa que traduzisse a ele os enunciados, uma pessoa que lesse o enunciado e traduzisse o enunciado de forma concreta e objetiva. Nem todos os professores colaboram. Então, quando o professor não colaborava, as provas não vinham diferenciadas. Não havia diferença de conteúdo, solicitávamos à pessoa para fazer essa tradução para ele. Questionada sobre como era essa tradução disse que a pessoa tem que fazer a leitura do enunciado de forma concreta não pode haver palavras que deixem ele em dúvida, não pode ter questão subjetiva. Questionada de como seria feita essa leitura sem quebrar a isonomia respondeu que é por isso que essa leitura tem que ser feita por um profissional que saiba o que está fazendo, claro que tem essa possibilidade, um psicopedagogo que trabalhe na área sabe o que fazer. Questionada sobre a prova do ENEM se bastaria essa pessoa para fazer isso para o candidato disse que se fosse uma pessoa bem formada eu acredito que seria possível. Questionada se seria necessário só a pessoa ou seria preciso mudar o enunciado também disse que as duas coisas seriam importantes. Quando se tem uma pessoa que leia o enunciado a pessoa interpretaria do jeito dela e ela deveria fazer a correção, é necessário o especialista o tempo todo. Questionada sobre uma prova nacional como o ENEM como se poderia fazer isso sem se quebrar a isonomia com os demais disse que a prova precisaria ser objetiva e concreta. Questionada que dentre os níveis de espectro autista quais as providencias que deveriam ser tomadas para a prova do ENEM disse que seria necessário elaborar questões com enunciados concretos, pessoas que acompanham a prova que tenham condições de observar as dificuldades e esclarece-las de forma a traduzi-las e não explica-las; o visual é muito importante, pede-se o mais concreto possível. A prova precisa ser diferenciada na forma e não no conteúdo. Não se pede alteração curricular porque ele é inteligente, a gente pede a alteração na forma para avaliar o mesmo conteúdo. A escola colaborou bastante. Muitos professores faziam enunciados mais concretos orientados pela pedagoga que orientava. Muitas vezes a sala fazia uma prova de dez questões e ele fazia de cinco, sem prejuízo do conteúdo. Questionada sobre a diferença de traduzir e explicar disse quando se pega questões complexas como antigamente os povos funcionavam assim, você dá uma introdução que muitas vezes você precisa fazer uma interpretação daquela introdução para se chegar na pergunta. A introdução não deve ser feita. A pergunta deve ser diretiva. Exemplo, os índios que habitavam um tal lugar viviam de que modo? Deve ser dito assim: os índios de tal lugar como viviam? Objetivo e sucinto. Questionada quanto à correção da prova disse que a pessoa que está corrigindo deve saber que se trata de um aluno autista e deve se fazer a correção de forma objetiva também. Questionada sobre o sigilo das provas disse que o corretor não precisa saber que a prova é do Henrique Guimarães, mas ele precisa saber que se trata de uma pessoa dentro do espectro. Não violaria o sigilo. Eu soube que ele fez o ENEM, não foi mal, mas não obteve sucesso. Lidas as notas do autor e as médias nacionais do ENEM disse que a avaliação é a de que o Henrique é uma pessoa extremamente inteligente e que se ele conseguisse uma prova adaptada ele estaria melhor. Sei que foi disponibilizada ao Henrique uma psicopedagoga, mas acredito que o auxílio não foi o suficiente porque, na verdade, eu não sei da pessoa e não sei o quanto ela conseguiu ajuda-lo de fato. Não sei se foi

suficiente, pois se fosse suficiente ele teria ido melhor, pois ele é extremamente capaz. Questionada sobre o acompanhamento escolar do Henrique, disse que hoje ele faz cursinho, mas que na época as matérias que ele tinha colaboração e conhecimento ele rendia muito bem. Ele tinha muita dificuldade em matemática. Era por causa da discalculia. Minha função é fazer acompanhamento, quem faz esse tipo de diagnostico é o psiquiatra com ajuda do psicopedagogo. Ele sempre foi um bom aluno, o problema é que nem sempre as notas refletem aquilo que o aluno é. Questionada sobre se houvesse cotas se a tranquilidade e as condições emocionais do candidato seriam outras disse que sim. Questionada sobre as adaptações necessárias quanto á sala especial, calculadora disse que a calculadora seria necessária para a discalculia, pois nem todos que tem o espectro tem discalculia. Sala individual e mais tempo seriam necessários, vou dizer o porquê: normalmente os autistas tem uma questão sensorial extremamente elaborada, o que a gente chama de sensorial, eles tem problema com o olfato, audição, tato. Uma sala cheia de gente, mistura de cheiros podem gerar padrões destrutivos como um surto de ansiedade, incômodos, falta de atenção, por isso sala individual para que os estímulos sensoriais não atrapalhem a prova. Isso seria necessário para todos os autistas. O tempo maior, mesmo com a prova adaptada, seria necessário, pois também é uma característica do autismo a desatenção. Eu acredito que isso seria suficiente.

Aline de Carvalho Abdelnur:

Sou psicóloga, tenho mestrado e doutorado em psicologia experimental e especialização em neuropsicologia. Acompanhei Gabriel Cruz. Questionada a família sobre objeção ao sigilo profissional, foi dito que não. Instada a relatar o acompanhamento do Gabriel, principalmente sobre a evolução escolar disse que a mãe do Gabriel a procurou no segundo semestre de 2003, na época ele tinha de doze anos para treze anos, ela já tinha diagnóstico dado por uma psiquiatra do Hospital das Clínicas da USP de São Paulo. A mãe me disse que já tinha procurado diagnóstico desde que ele era bem pequeno, por volta dos dois anos de idade, e fechou o diagnóstico quando ele tinha dez anos. Era para eu fazer a psicoterapia, mas tinha algumas questões e singularidades do transtorno, principalmente em relação a vida social, mas na época focamos mais na vida familiar, que estavam se separando, em relação ao pai tinham questões emocionais. Nunca foi fácil a vida escolar do Gabriel. A passagem para o ensino médio foi conturbada porque ele já sabia que começava uma preparação futura para o vestibular. Ele sempre teve notas boas. Ele teve dificuldades na área de geometria, tinha adaptações na prova e no terceiro colegial quando prestou vestibular não foi muito bem. Sempre foi responsável com os estudos, mas sempre muito ansioso. Não passou, foi fazer o cursinho e lá tinha dificuldade maior para estudar sem exigência de prova que tinha no ensino médio. Não encaminhei diganóstico para a escola, a escola já tinha o diagnóstico. Cheguei a enviar alguma cosia, faz tempo, mas foi a própria escola que fez adaptações nas provas. Algumas provas ele poderia terminar em tempo maior. Não me recordo se ele fazia provas de forma separada. Sugeri na escola que o que eles pudessem reduzir no número de questões mantendo o essencial, para que ele pudesse ter uma prova mais enxuta. Questionada sobre o que poderia ter na prova do ENEM, em nível nacional, para que ele pudesse ter um nivelamento em relação aos demais candidatos disse que seria necessário uma pessoa que o acompanhasse, com formação, psicopedagoga de preferencia, que o ajudasse a se organizar na distribuição do tempo, da leitura, que o auxiliasse a destacar o que é o principal das questões, pois numa prova dessa os enunciados são extensos e a prova longa, de quatro a cinco horas. O que percebo, não só no Gabriel, mas em outros portadores de Asperger, é o tanto que conseguem ficar concentrados. São muito focados em um determinado ponto, em detalhes que nem sempre são tão necessários e toma muito tempo, diferente de outro adolescente que sabe onde é o ponto mais importante. O Gabriel ainda é muito ansioso e sabe da pressão da prova, que precisa resolver muitas coisas. Sabemos que o nosso cérebro em duas horas atinge

> o nível de cem por cento de concentração e passadas essas duas horas vai caindo o nível de atenção para qualquer ser humano. Tem que ter uma priorização do adolescente, é complexa a prova e uma pessoa que o ajudasse a fazer essa distribuição e a adaptação de questões do enunciado, de ser mais objetivo. Questionada a dar um exemplo de como é um enunciado e como poderia ser explicado de forma mais objetiva sem prejudicar o seu conteúdo disse tirar a explicação muito grande e fazer a pergunta mais diretamente, como história e português, seria suficiente se fosse mais objetivo. É possível ter uma prova adaptada para isso. Questionada sobre não poder se fazer uma prova "a la carte" para cada aluno como seria uma prova a nível nacional disse que além da pessoa acompanhando com formação, enunciados mais objetivos e correção com olhar mais específico. Lidas as notas do Gabriel e as da média nacional e questionada se foi eficaz o atendimento dado ao Gabriel na prova disse que a nota em redação não surpreende tanto, pois se saiu bem, pois lê bastante e tem argumentos; a média nacional é muito baixa, pois é composta de muitos estudantes que não estão preparados; as notas refletem a formação do Gabriel que sempre estudou em escolas particulares, mas poderia ter ido melhor. Questionada se sabe como foi aplicada a prova do ENEM ao Gabriel, disse que foi relatado pela família, mas não se recorda se era esse o vestibular. Questionada sobre a politica de cotas, se Gabriel ficaria mais calmo sabendo se ele estaria inserido nessa cota diz que imagina que sim, assim como todos os outros que participam disso. Questionada sobre a nota da redação, sobre a nota dele ser de 880, com acerto de 88% da nota máxima e a correção por alguém que não conhecia da síndrome disse que o Gabriel aprendeu a gostar de ler e a argumentar e no caso dele não teve problema, nesse ponto, pela característica dele. No caso dele eu acho que não faria diferença ter outra forma de correção, mas de um modo geral acho que seria importante a correção por profissional habilitado a síndrome.

Ao que se infere da prova produzida nos autos e, ao contrário do que sustentado pelo INEP, é possível, cientificamente, estabelecer parâmetros mínimos de adaptação que estabeleçam um melhor "nivelamento" da disputa às pessoas com TEA. Tais informações ou dados, pelo que demonstrado nos autos, são de conhecimento geral das pessoas que tratam com a psicopedagogia, área que deveria merecer atenção do INEP para a elaboração das provas.

Diante acervo probatório produzido, podem ser extraídas as seguintes *adaptações possíveis*:

a) Questões com enunciados curtos, claros e objetivos. Sem presença de figuras de linguagem, metáforas, significado dúbio ou que exija interpretações complexas;

b) Correção da prova realizada por profissional especializado, notadamente na prova de redação;

c) Maior tempo de prova, pelo menos 25% a mais do tempo para sua realização;

d) Presença de profissional da área de educação para auxiliar na leitura e compreensão do que é solicitado na prova, bem como para transcrever a prova de redação e passar as questões assinaladas para o gabarito; por exemplo, a disponibilização de um Ledor, Transcritor ou Intérprete de Enunciados, conforme demanda solicitada previamente;

e) Disponibilização de uma Psicopedagoga para o acompanhamento da prova;

f) Auxílio de calculadora para a hipótese de discalculia;

g) Avaliações em formato alternativo, tais como a prova oral, utilização do quadro e pincel;

h) Realizar a prova em sala separada, na qual se garanta um ambiente silencioso e sem distrações;

i) Mobília adaptada (mesa e cadeiras separadas).

Nesse passo, extrai-se da inicial que os autores pretendem as seguintes medidas adaptativas: a) aplicação de prova condizente, quanto à forma e conteúdo, com a deficiência mental apresentada pelos autores; b) sejam as provas elaboradas com enunciados claros, de modo a facilitar a intelecção pelos autores, segundo suas deficiências; c) que a correção das provas, levada a efeito pela banca examinadora, leve em consideração a singularidade e particularidades dos Autores; d) disponibilização de profissionais adequados para o acompanhamento das provas pelos autores; e) disponibilização de mobiliário e sala adequada, livre de distratores, e tempo superior para realizar a prova.

Consoante se infere dos pedidos formulados pelos autores, em nada exorbitam aquilo que se demonstra de conhecimento comum, geral, na matéria versada nos presentes autos. É dizer, o INEP, com a utilização de seu corpo técnico, teria plenas condições de prever a necessidade e de disponibilizar as adaptações solicitadas na inicial, uma vez que, diga-se novamente, há um consenso entre os diversos especialistas ouvidos nos autos, inclusive pela manifestação da psicóloga que assessora o INEP, no sentido de quais as adaptações necessárias para o caso das pessoas com TEA.

A propósito, na espécie, verifica-se que o Edital do certame não foi omisso quanto à situação de pessoas portadoras de deficiência.

Com efeito, o item 2.2.1.1 estabelece a possibilidade de, mediante simples informação no ato de inscrição, ser disponibilizado atendimento ESPECIALIZADO ao candidato com "baixa visão, cegueira, visão monocular, deficiência física, deficiência auditiva, surdez, deficiência intelectual (mental), surdocegueira, dislexia, déficit de atenção, autismo, discalculia ou outra condição especial" (fl. 52).

De igual modo, os itens 2.2.2 e 2.2.3 do Edital preveem a disponibilização ao candidato de auxílio ou recurso que necessitar, notadamente em relação à grafia das provas, auxílio para leitura, "sala de fácil acesso e mobiliário acessível", além da possibilidade de solicitar tempo adicional de até 60 minutos em cada dia da realização do exame, mediante requerimento específico.

Em linhas gerais, o Edital atende às necessidades dos autores, ao dispor sobre o atendimento especializado, a utilização de sala própria para a realização das provas, o acompanhamento de profissional para leitura e tempo adicional de até 60 minutos.

Entrementes, não se estabeleceu no edital do certame o cuidado com a elaboração das provas e sua correção, de forma a dispensar o tratamento necessário à especial condição dos candidatos com TEA, o que motivou o deferimento da tutela de urgência em relação à elaboração e grafia das provas, o acompanhamento profissional especializado e o adequado critério de correção das provas (fls. 99/114), *verbis*:

> Ao fio do exposto, com fulcro no art. 300, do CPC, CONCEDO A TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA para o fim de determinar ao INEP obrigação de fazer no sentido de: a) aplicar prova condizente, quanto à forma e conteúdo, com a deficiência mental apresentada pelos autores (Síndrome de Asperger); b) elaborar provas com enunciados claros, de modo a facilitar a intelecção pelos autores, segundo suas deficiências; c) que a correção das provas, levada a efeito pela banca examinadora, leve em consideração a singularidade e particularidades dos Autores; d) disponibilização de profissionais adequados para o acompanhamento das provas pelos autores, notadamente de "psicopedagogos".
> O cumprimento da medida ora determinada deverá ser devidamente comprovado nos autos até 15 (quinze) dias após a realização das provas e até 15 (quinze) dias após a realização da respectiva correção e divulgação do resultado, sob pena de multa diária no importe de R$

300,00 (trezentos reais), até o limite de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), a ser revertida aos autores.

Ocorre que o INEP é confesso ao afirmar que não cumpriu integralmente a tutela deferida. Argumenta a impossibilidade de elaborar a prova, nos moldes em que determinada na inicial, no curto espaço de tempo entre o deferimento da liminar e a realização das provas, bem como a impossibilidade de se estabelecer um modelo que atenda especificamente as condições dos autores, tendo em vista que a doença se manifesta em vários níveis, não havendo consenso a respeito das especificidades.

Em que pese o INEP tenha razão em relação à exiguidade do tempo para a adoção das providências determinadas na antecipação de tutela quanto à elaboração e correção das provas, como já asseverado alhures, os critérios mínimos de adaptação são de conhecimento comum dos profissionais que militam na área, de modo que não se pode alegar absoluta impossibilidade de cumprimento, notadamente quanto à elaboração de provas com enunciados claros, de modo a facilitar a intelecção pelos autores e que a correção das provas, levada a efeito pela banca examinadora, tenha em consideração a singularidade e particularidade dos autores. Tais possibilidades foram amplamente demonstradas durante a instrução probatória.

Aliás, em audiência, a testemunha *Francisco Alberto do Pinho*, demonstrou, com maestria, a possibilidade de se adaptar as questões para melhor compreensão pelas pessoas com TEA, sem prejuízo de seu conteúdo, conforme se extrai do documento de *fl. 745*. A propósito, colhe-se o seguinte excerto de seu depoimento:

> Acompanhei o Gabriel. Sou coordenador pedagógico do ensino médio do Colégio São Carlos. O Gabriel estudou no colégio de 2005 a 2015, dois anos ficou ausente. Eu o acompanhei de 2013 a 2015. Instada a testemunha a dizer sobre o desempenho escolar do Gabriel, sobre o aprendizado dele como aluno disse que o Gabriel sempre passou por méritos próprios, apesar de algumas dificuldades em algumas áreas, mas nunca apresentou grandes dificuldades para acompanhar o processo educativo, posso dizer que levou com certa tranquilidade ele levou o processo de formação dele. Questionada sobre a constatação do diagnostico dele, disse que o diagnóstico veio a partir de 2009 e desde então a escola sempre esteve atenta para o mecanismo de apoio ao transtorno dele. Questionada sobre o que foi disponibilizado a ele na aplicação das provas, disse que a questão do tempo, fazia-se necessário, estendia-se o tempo. Nunca estipulamos um tempo especifico para ele, o prazo normalmente é de uma ou duas aulas, quarenta e cinco ou noventa minutos, mas se ele não terminava nesse período a gente o deixava terminar normalmente. Questionada se precisava de sala separada e com acompanhamento, disse que não, que sempre ele fez em sala regular, com todos os alunos e normalmente as provas são acompanhadas por um professor ou funcionário da escola para todos, sempre tem alguém presente e não necessariamente alguém especializado em pedagogia. No caso do Gabriel alguém que as vezes apenas fazia com ele a releitura ele conseguia fazer o acompanhamento. Questionada sobre a *adaptação ao enunciado para o Gabriel, disse que muitas vezes precisa de adaptação; não se reduzia o índice de cobrança de conteúdo, mas se reduzia o enunciado, só se adaptava a questão à necessidade dele. Questionada quem fazia essa adaptação, se era um profissional específico, disse que era o próprio professor. Questionada se havia formação específica para isso, disse que acha que no Brasil nenhum professor tem, mas o que existe é uma grande boa vontade da parte dos profissionais que atendem esses alunos no sentido de estar se adaptando, conhecendo, se informando sobre a síndrome e ver aquilo que é necessário. Questionado sobre a orientação dada aos professores, disse que na escola tem psicólogos e tem a informação de que se tem alunos da inclusão, portadores de tal síndrome, com dificuldades e orientação do que tem que ser dado a eles,*

de se pensar nesse sentido, uma orientação básica. Questionada sobre os enunciados como poderia ser feito para estes casos, disse que até pegou uma questão que foi usada no ENEM e que, como havia sido perguntado em outra vez, trouxe aqui. No ENEM saiu uma questão sobre o problema da idade, há todo um enunciado, devo ler? Dito que sim prosseguiu a testemunha: o diretor de um colégio leu uma revista que os pés das mulheres estavam aumentando, em alguns anos a média do calçados das mulheres era de 35,5 e hoje é de 37,0, embora não fosse uma informação científica ele ficou curioso e fez uma pesquisa com as funcionárias de seu colégio obtendo o seguinte quadro, aí existe um quadro onde se tem o tamanho do calçado e o número de funcionárias que utilizavam esse calçado, aí continua o enunciado, escolhendo uma funcionária ao acaso e sabendo que ela tem calçado maior que 36,0, a probabilidade dela calçar 38 é, daí se tem as alternativas. No caso específico, se a gente vai fazer uma adaptação, o que a gente faria: Número da questão. Observe o quadro a seguir. Embaixo do quadro: escolhendo uma funcionária ao acaso e sabendo que ela usa um calçado maior que 36,0 e entre parênteses (37, 38 ou 39) conforme o quadro, a probabilidade dela calçar 38 é. Então se tirou todo o enunciado e, na verdade, se perguntou a mesma coisa. O ENEM utiliza muito texto, o que às vezes para os portadores de Asperger é muito complicado porque você tem que trabalhar com interpretação. São enunciados longos e é extremamente cansativo para qualquer um que está fazendo o ENEM. Então, no caso, ter feito uma adaptação isso facilita muito. Nesse caso, foi uma professora do Colégio quem fez porque nas provas a gente não tem mais em arquivo, mas sempre foi feito nesse sentido, de simplificar aquilo que vai se cobrar. Simplificar a maneira de cobrar, mas não o nível de exigência. No caso eles fazem a leitura literal da coisa, ele estava cioso nas figuras de linguagem, linguagens claras e objetivas, mais objetivo se é mais se facilita; se eu quero isso eu preciso disso. Questionado se o primeiro ponto seria tornar o enunciado mais objetivo disse que sim. Questionado se outro ponto seria fazer a prova com acompanhamento de psicopedagogo disse que no caso da Gabriel ele se virava muito bem, mas que em outros casos pensa que sim. Quando a gente percebia que ele estava muito ansioso ou ele mesmo solicitava a gente esclarecia. Há casos que tendo uma pessoa ao lado vai facilitar muito. Não é por alguém simplesmente ali, precisa de alguém, pois o vestibular para qualquer aluno já é um momento de tensão e no caso dessas pessoas em específico também isso gera muito mais ansiedade e consequentemente acaba afetando a pessoa, se eu sei que tem ao meu lado alguém que pode me dar um respaldo, pois se é um tradutor que está ao lado que vai conseguir ajudar a pessoa interpretar aquilo que está sendo pedido ou dar um esclarecimento ele vai conseguir, com certeza deslanchar sem problemas. Questionado se se tem um enunciado normal do ENEM, sem estar adaptado como a professora fez e tem essa pessoa ao lado, como esse profissional deveria se portar em relação a ele para passar a questão tendo feito uma leitura literal do texto ou teria que o psicopedagogo adaptar para chegar no mesmo resultado, disse que pensa que sim desde que o psicopedagogo esteja antenado em questões de escola, que tem por hábito acompanhar estes casos, ele vai ter muito mais condição de fazer uma leitura. Questionada sobre a tradução de sinônimos, disse que isso facilita, o que ele não conseguiu entender, o que está bloqueando a resposta o fato do outro fazer a leitura para ele já consegue resolver. Eles são portadores de grande inteligência, só que existe mecanismo dentro do processo que dificulta que isso venha à tona. Então o facilitador no caso é que vai criar esse mecanismo para que essa inteligência possa florir. Elas aparecem, no caso do Gabriel ele sempre passou por méritos próprios. No vestibular ele não conseguiu, talvez porque não houve esse mecanismo que a escola tinha para facilitar o processo para que ele pudesse chegar lá. Questionado sobre a facilidade maior que eles tem em ciências humanas, os dois autores tem isso em comum aqui, em áreas como sociologia, história, às vezes filosofia ou algo assim, então existem textos densos então quando o Senhor me diz que esses textos tem que ser objetivados, não seria uma contradição? Se ele consegue ler, compreender e tem um desempenho muito bom nesta área, disse que não

vê isso como uma contradição uma coisa é trabalhar uma prova com cinco questões, então eu posso por até um texto bem estendido outra coisa é eu pegar o ENEM que são noventa questões numa única tarde e até então onde eles pegaram no sábado eram noventa questões e no domingo mais noventa questões então a grande reclamação dos meus alunos é que eles saem de lá extenuados porque é muita leitura. Então num caso específico de uma prova de acesso a uma universidade se tem um grande numero de questões, noventa na primeira fase, há de convir que se tiver textos muito extensos vai ficar muito complicado. Precisa-se se pensar nisso. Se é uma prova dentro da escola, num tempo menor, você pode por um texto maior. Existem também aqueles que são portadores da síndrome que tem uma enorme facilidade para exatas. Cada caso vai ser um caso. Alguns com dificuldades em humanas e outros em exatas. Passada a testemunha as notas que o Gabriel teve as da média nacional no ENEM foi questionada a testemunha a passar o diagnóstico, que disse eu penso que a presença de alguém lá pode ter contribuído em muito. Tenho alunos que estão nesse padrão e tenho outro que estão bem acima desse padrão. Diria que a média geral dos meus alunos ficaria entre 650 e 780 aqueles que estão na média. Tem os que estão em 880 na redação e tem aqueles que estão abaixo também. O Gabriel está um pouco abaixo da média desses alunos, pois ele ficou em torno de seiscentos e pouco e vamos dizer que a média é de 700 então se pode até dizer que ele esteja na média uma vez que o Senhor me apresenta a média nacional e meus alunos também estão nela. Então eu tenho expoentes. Da sala dele eu diria que ele está muito próximo da média. Refletiu o que ele sabe e talvez se ele tivesse esse acesso, eu não sei se esse resultado é do ano passado, no qual ele já teve acompanhamento, eu acho que ajudou com certeza. Eles não são desprovidos de inteligência e nem de criatividade. O fator de ter um apoio extra com certeza ajudou, faz toda a diferença. Dito que no caso ele fez a prova em sala separada com apoio de psicopedagoga e segundo o que foi relatado que ela só poderia dizer a ele sinônimo de palavras e obviamente não poderia dar o resultado da questão, mas o fez sem aprofundamento maior ou orientação por isso estou dizendo isso, foi essa assistência que ele teve na prova. No caso específico do Gabriel, ele não era um aluno que solicitava muita intervenção, não era muito o quadro dele. Me preocupa muito quando a gente nivela, pensar que todos são iguais, não são. Tinha avaliação que ele não solicitava. Todas as provas do Gabriel eram adaptadas, a maioria delas. Na área de humanas menos adaptações, mas na de exatas onde ele tinha maior nível de dificuldade havia adaptações. Essa questão da probabilidade era um tipo de questão adaptada. Questionado pelo autor que se houvesse questões adaptadas o resultado seria melhor na prova, disse que com certeza. O que aconteceu com ele se pegou uma prova do ENEM e pegou alguém para dar um respaldo, se fosse uma prova adaptada eu diria que ele chegaria numa média de 900, com certeza. Solicitada a questão trazida adaptada pela testemunha foi entregue e dito que consta uma observação que apenas não se esclarece o que é probabilidade, pois essa é a questão pedida na prova. Questionada se na prova de redação que ele obteve 880 se essa prova fosse corrigida por uma pessoa que soubesse o tipo de pessoa do aluno ele teria melhor nota? Disse que sim, provavelmente. O corretor seguiu os critérios do ENEM se a pessoa que corrigiu souber que a pessoa corrigida é portador de espectro de autismo ele com certeza faria uma leitura diferenciada da prova e melhoraria anota. Se nem saber ele chegou aos 880 e se lendo sabendo da dificuldade do processo eu faria uma leitura diferenciada porque é uma questão de exaltar o potencial daquele ser humano se sem nada ele chegou nisso ele precisa ser bom, porque não é fácil, a grande maioria para bem abaixo disso. Questionada pelo INEP sobre as pessoas aptas a adaptar provas, mencionando sobre a fala da testemunha acerca dos professores que faziam adaptações por boa vontade e etc., disse que quando se pensa em inclusão no Brasil eu penso que precisaria se pensar em mudar muitas coisas, uma delas é formação de quadros. Simplesmente fala-se de inclusão, que não é apenas pegar a pessoa, jogar na sala e fazer o que se dá para fazer. Não é assim que funciona no meu ponto de vista. Precisaria de uma formação específica. No caso do Colégio São Carlos, a gente tem psicólogas que acompanham, eu sou

pedagogo, psicopedagogo, então a orientação que a gente faz com os professores no início de cada ano. Eu digo em tal série eu tenho tais alunos com tais dificuldades, são portadores de tais síndromes, ao elaborar uma prova eu vou ter que estar atento a isso, isso e isso. Então se dá uma orientação em como ele pode elaborar questões pensando em atingiu aquele aluno. Então eu acredito que no Brasil nós temos pouquíssimos profissionais que são treinados e preparados para isso então existe uma enorme boa vontade para aqueles que trabalham na educação, não só na educação, hoje está muito difícil para quem trabalha com educação, mas existe essa enorme boa vontade dos professores e das escolas que se dispõe a acolher esses alunos dentro do seu quadro porque a grande maioria das escolas prefere dizer que não tem vaga porque não se quer criar o mínimo necessário para acompanhar. Na nossa constituição o direito e acesso a educação deve ser garantido a todos não é, o processo como é feito não só na educação, mas em outras coisas também, precisa ser repensado. Não adianta eu como escola primária ou secundária de ensino médio pensar em modificação se uma universidade não pensa nesse acesso. Aí se nós pegarmos quantos portadores da Síndrome de Asperger conseguem chegar numa universidade, é mínimo, pois eles param no meio do caminho ou porque não foi aceito em nenhuma escola ou não se preocuparam em fazer o mínimo para criar um processo que ele pudesse desenvolver dentro do seu potencial, e aí chega lá no fim, no caso do Gabriel, ele faz todo um processo, sempre teve apoio e sempre passou por méritos próprios, mas chega ao acesso à universidade, ele é cortado. Questionada se por causa da ausência de profissionais com formação especifica na adaptação das provas, se tratarmos a questão apenas a boa vontade, sem fazer critérios objetivos bem delineados, pode haver prejuízo da isonomia? Eu acho que prejuízo pode acontecer, no caso específico, no caso específico se nós estivéssemos lidando com medicina aí seriam danos terríveis, ninguém quer ser atendido por um médico que não é devidamente preparado, na educação também a coisa não é diferente. Os quadros de professores, de formação, fazemos na universidade disciplinas pedagógicas, na área de metodologia, psicologia, todos os profissionais tem o mínimo de informação, só que esse mínimo precisa ser acrescentado. Então se exige essa formação, com certeza, agora que vai causar um dano irreversível, se nós tivéssemos um número bem mais preparado talvez nós tivéssemos um número maior de portadores de síndromes despontando por aí. Questionada sobre a porcentagem de alunos egressos da sua escola que conseguem acessar escola pública universitária? É em torno de quarenta por cento da terceira série do ensino médio. Questionada se é comum o aluno atingir a universidade pública numa segunda ou terceira tentativa e o que se atribui a isso? Maturidade, estudos? Eu penso os dois. O processo de maturidade influi muito na hora do vestibular, às vezes tem preparação acadêmica, mas não tem preparação para lidar com o vestibular outros passam dentro do primeiro vestibular com muita tranquilidade, alguns a maturidade chega no mesmo momento e outras vezes não. O aluno que passa no primeiro vestibular é aquele que levou muito a sério sua vida estudantil como um todo. Infelizmente no Brasil a gente vê uma grande preocupação do alunado no ensino médio só que o ensino médio é fechamento de processo, uma casa que falta tijolos no alicerce não se sustenta. Questionada sobre o caso do Gabriel, que provavelmente ele com uma prova adaptada se sairia melhor, não se pode dizer que isso se daria também com a maturidade acadêmica? Precisa da prova ou com a maturidade se chegaria lá? Descarta-se de pronto essa maturidade? Também, mas eu acho que no caso específico quando ele terminou e tinha resultados satisfatórios, ele tinha condições de acesso, o resultado do ENEM mostra isso também, o fato de apoio extra só iria acrescentar. A maturidade para todo ser humano ela acrescenta, de um ano a outro a gente mais maduro produz diferente. Não é só para ele, mas para qualquer ser humano. Mas a base necessária de informação ele tinha. Dito que é abstrato dizer que ele teria um resultado melhor se houvesse uma adaptação, não se pode fazer essa afirmação, disse que aí é diferente, tem que conhecer todo o que está relacionado à síndrome, todas as dificuldades que o portador possui, e você fazer. Aí não tem como fugir disso. Se eu sei que a pessoa tem tais dificuldades que demandam adaptações,

que já está orientado para quem acompanham estes casos, eu penso que as duas situações são muito diferentes. Questionado se há protocolos definidos de atendimento na escola e nas avaliações dos alunos com espectro autismo? Se há protocolo clínico de alguma área de como aplicar prova a estes alunos? A escola segue protocolo ou é por percepção? Quando alguém é diagnosticado normalmente se leva o laudo para a escola sobre o diagnóstico que se chegou naquela situação e a partir daí a escola com seus psicólogos e profissionais vão procurar a respeito. Normalmente também, esses jovens são atendidos por profissionais da cidade que estão em permanente contato com a escola, que dão orientações de como a escola deve proceder. De tempos em tempos eles entram em contato e verificam como estão caminhando. A escola também quando sente necessidade entra em contato. Não conheço protocolo geral que a escola recebe das universidades para seguir, caso tivesse seria muito útil isso. De acordo com o caso concreto, você vai saber até que nível você precisa fazer uma adaptação maior ou menor, vai depender do comprometimento que a pessoa traz, tem alguns muito leves outros não. Os portadores da Síndrome de Asperger não são todos iguais. Na sua experiência como coordenador o Sr. acredita que seria possível estabelecer uma adaptação da prova do ENEM em padrão geral para todos sobre a forma de se fazer as questões e enunciados, mais objetivos e concretos, ainda que haja diferença de níveis do espectro autista? Acho possível, pois o ENEM lida com o caráter nacional, existe equipe gigantesca de profissionais envolvidos e não seria tão trabalhoso ou oneroso para uma equipe fazer esse trabalho. Agora eu não sei falar se há necessidade de quinhentos tipos de provas diante de quinhentos níveis de síndromes. O bom senso de leitura vai permitir adaptações sim. Em relação ao espectro do autismo pela sua experiência, ainda que tenha vários níveis, essa adaptação comtemplaria vários níveis com essa linguagem mais concreta e objetiva? Sim, com certeza. O Senhor vê como necessário sala adaptada ou só a prova adaptada resolveria? Depende do caso, no caso que eu acompanhei do Gabriel, normalmente ele fazia as provas na sala comum. O que nós conversamos com a família e com ele é que demos a possibilidade dele escolher, e ele ficou de fazer a prova com todos e caso houvesse necessidade ao terminar o tempo a sala segue para outra atividade ele continua a fazer a prova. Questionado que se eventualmente precisava além do professor de outra pessoa acompanhando o Gabriel para chamar a atenção de alguma palavra que travava no enunciado, como era feito isso? O professor ficava observando e em determinado momento ele via que era necessária a ajuda e solicitava ou era padrão esperar ele perguntar mesmo? Depende da situação, quando a gente convive com ele a gente aprende a fazer leituras, então você que está todo dia na escola você percebe quando o aluno está ansioso. No início do ano nós passamos aos professores quais são os alunos e o grau de dificuldade que se tem em cada um. A partir daí o professor já fica "antenado". No caso do Gabriel, quando ele estava angustiado e não perguntava você logo percebia pelo tipo de movimentação dele, algumas vezes ele perguntava, outras vezes você percebia que ele estava mais agitado e chegava a falar: Gabriel, tem algum problema? E se resolvia por aí. Os portadores da síndrome são muito diferentes, eu tive um outro caso que o aluno se comportava de forma muito diferente do Gabriel, eles são diferentes em graus de comprometimento e de facilidades. O corpo a corpo de quem convive com eles, no caso do ensino médio que se passa em três anos, você aprende a ler, você sente. Caso o Senhor me pergunte e no caso de alguém que vai lá acompanhar na prova e não convive com ele, também, a não ser uma pessoa com uma massa de cimento que não vai perceber, pois vai, qualquer ser humano normal consegue perceber a angústia do outro, a não ser um monstro, mas aí é melhor nem estar lá. A pessoa percebe, na universidade de repente só de estar numa sala separada já dá, para alguns só de estar em um grupo grande já é um problema. (grifo nosso)

Destarte, em que pese afirmada a possibilidade de elaboração de provas com enunciados objetivos e claros, adaptados à condição dos autores, de modo que, sem prejuízo do conteúdo, pudessem se traduzir em questões acessíveis à sua deficiência, o laudo pericial foi incisivo ao

afirmar que não foram garantidas condições mínimas de nivelamento aos autores, "Pois, de acordo com a documentação juntada aos autos, as questões realizadas pelos autores foram as mesmas realizadas por todos os outros inscritos na prova e suas respectivas correções também foram feitas sem qualquer olhar diferenciado sobre as especificidades de seus quadros" (fl. 751, verso).

Quanto aos critérios de correção da prova de redação, a perita discorre que devem ser levados em consideração "os prejuízos decorrentes do quadro, tais como: disgrafia, dificuldades na interpretação de texto, na interpretação de metáforas, em figuras de linguagem, provérbios e moral da história, pouca criatividade, baixa capacidade de resolução de problemas devido à inflexibilidade cognitiva, e dificuldade de planejamento e organização das informações (pouca coesão e coerência)" (fl. 752). Todavia, pelo que se verificou dos autos, tais critérios não foram observados.

Destacou-se, também, no laudo pericial, que nas provas objetivas havia questões complexas e difíceis às pessoas portadoras de TEA e na prova de redação, embora o enunciado da proposta de redação estivesse claro e objetivo, "os textos motivadores podem gerar confusão e dificuldades de interpretação".

Em conclusão, pontificou o Laudo Pericial que (fls. 755 e verso):

> Dado o estudo do processo e das diligências realizadas, esta Perita do Juízo conclui que não foram atendidos os requisitos mínimos para que os autores concorressem em plenas condições de igualdade ao ENEM.
> Henrique Ferreira Guimarães e Gabriel Ferraria da Cruz padecem de transtorno do espectro autista de nível 1, grau leve.
> As dificuldades/limitações descritas nos autos exigiriam que a prova fosse adaptada, aplicada e corrigida com um olhar sobre as especificidades resultantes do quadro em questão. Que houvesse um profissional transcritor, para transcrever a prova de redação para o gabarito e passasse as questões de múltipla escolha para a folha oficial de resposta. Que houvesse maior tempo para a realização da prova e que esta fosse realizada em sala a parte, sem distratores e com ajuste de mobiliário adequado (mesa e cadeira separada). Para o autor Henrique, seria importante a utilização de calculadora, em razão de seu quadro de discalculia.
> O INEP disponibilizou profissionais de psicopedagogia para acompanha-los durante a prova. Estes auxiliariam na leitura e interpretação do enunciado e fariam a transcrição da redação e das questões de múltipla escolha para a folha de gabarito. Também permitiu uma hora a mais para a realização da prova nos dois dias de aplicação e disponibilizou sala a parte com mobília de melhor acomodação (mesas e cadeiras separadas).
> *Desta forma, percebe-se que não foram atendidas as necessidades relacionadas a adaptação e correção da prova com um olhar sobre as especificidades do quadro, o que pode ter comprometido o desempenho dos autores no ENEM.*
> Por fim, tendo em vista a indagação acerca do exíguo tempo de confecção da prova (data da tutela de urgência: 13/10/2016 e data da realização da prova: 05 e 06/11/2016), de fato, o prazo de intervalo de 23 dias, não é razoável, pois que o conteúdo do exame é diversificado e soma 180 questões de alta elaboração. De outro lado, não se pode negar, a possibilidade da assertiva acima levantada, se pensarmos em profissionais do INEP, capacitados e com os olhos voltados às necessidades específicas do portador de TEA, em esforço conjunto e integrado dos elaboradores da prova, o que, aliás, poderia até mesmo ser parte integrante do edital do ENEM, a fim de que seja aplicado um exame nacional mais digno e em igualdade de condições.

De fato, pelos depoimentos das testemunhas psicopedagogas disponibilizadas pelo INEP para o acompanhamento dos autores, verifica-se que o acompanhamento se deu sem o mínimo

de planejamento ou instrução sobre o que efetivamente poderia ser feito ou não, ou sobre as possibilidades de intervenção e auxílio das profissionais aos candidatos assistidos. A propósito, confiram-se os depoimentos:

Rosana Maria Alves Mangili:

> Perguntada sobre sua formação profissional disse que é administradora e pedagoga, trabalho na Secretaria da Pessoa com Deficiência e Mobilidade Reduzida e sou professora na UNICEP. Perguntada sobre alguma formação sobre autismo disse conhecer, pois está à frente da Secretaria e de fazer parte do grupo de pesquisa da UFSCAR frente à análise do comportamento e educação. Minha primeira formação foi na UNICEP, depois São Francisco, São Luis e UFSCar. Tenho especialização, não mestrado e nem doutorado. Questionada sobre o acompanhamento de prova no ENEM disse ter recebido uma ligação telefônica bem próxima à prova para acompanhar aluno com espectro autista. Questionada se recebeu orientações de como deveria se portar e o que poderia e o que não poderia ser feito na aplicação da prova, disse que não me foi me dito o que não poderia ser falado na prova, mas dito que era para cuidar de questões do espectro autista, esclarecer sentido figurado, sinônimos, desde que não desse a resposta. Acompanhei o Gabriel. No dia da prova Gabriel aparentava estar tranquilo e a única coisa que o incomodava era o horário. Criamos um código ele me olhava e eu falava a hora, isso o deixava mais tranquilo. Foi solicitado por ele um tempo maior para fazer a prova e ele teve esse tempo. O Gabriel tinha um ledor com ele. Eu acho que o ledor estava lá, pois foi solicitado. O que a Sra. pode dizer, houve necessidade de intervenção desse ledor? Disse que algumas vezes foi solicitado pelo Gabriel, mas não muito. Ele lia a palavra que ele não entendia. O que ele mais solicitava era o horário. Tradução de palavras era feita desde que não desse a resposta, ele me pediu poucas vezes. Questionada se em relação ao enunciado das questões, se ele demonstrou dificuldade no entendimento disse pouco, no sentido de uma palavra que ele perguntava. Questionada sobre o que foi dito ao Gabriel, disse que ele poderia solicitar quando houvesse dúvida, o que ele quisesse. Questionada se na opinião da testemunha a assistência que foi dada foi adequada à Síndrome que ele tem disse que a prova deveria ser adequada e não adaptada, não é consertar o que já está errado. Adequada é uma prova que ele consiga fazer com autonomia. Questionada de como seria isso disse que os enunciados. Questionada se na opinião da testemunha poderia ser alterado o enunciado, com o mesmo conteúdo, mantendo a isonomia e dando um nivelamento melhor ao autor e como seria feito, disse que deveria adequar melhor as palavras. Questionada se, como profissional, conseguiria fazer isso disse que sozinha não, mas com uma equipe sim, uma equipe com profissionais do ensino especial. Questionada se o INEP poderia fazer isso disse que sim, da mesma forma que está sendo feita uma prova em libras para surdos. Eu já apliquei prova como interprete de libras e é bem desgastante. Questionada como se deu isso disse que quando interpretou libras era o enunciado todo, porque o surdo tem que entender que eu vou a sua casa e a sua casa vai, tinha que ler e fazer de um jeito que ele conseguiria entender. Questionada no caso dos autistas disse que os enunciados deveriam ser mais claros e objetivos, sem dar resposta. Questionada se poderia ser feita uma prova específica para eles disse que sim, cuidar da redação. Porque o autista a gente fala, depende do grau não é uma receita de bolo com todos iguais, a educação infantil tem que ser mudada temos que ter um protocolo de habilidades e competências. É ver o ser humano como um todo. Questionada sobre o ENEM, sobre a impossibilidade de se fazer uma prova a la carte para cada um disse uma prova mais objetiva, no caso de Asperger uma e autismo mesmo, talvez deveria mudar a educação, ela ser mais diferenciada, ter um acompanhamento desde o ensino fundamental, médio. Questionada sobre o tempo que teve para a prova disse que no máximo uma semana, eu mesma não queria ir, pois meus filhos prestavam o ENEM. Questionada se nesse tempo poderia ser feita uma prova disse que não, no mínimo um ano, seis meses com uma equipe de profissionais de outras áreas também, eu não tenho entendimento dessa área, não é minha

formação, deveria ter isso. Questionada sobre o acompanhamento do ENEM já há algum tempo e se tinham muitos casos assim disse que os blocos B e C geralmente são bem cheios. Questionada se nesses grupos o ENEM disponibilizava apenas uma pessoa para acompanhar na prova disse que não, que tem um grupo que acompanha, em libras teve uma plataforma para ser estudada, no caso do autismo é que foi bem em cima da hora. No caso do surdo ou deficiente auditivo teve uma plataforma, uma prova de alinhamento, você sabe de que forma você pode fazer isso não deu tempo de fazer no caso do autista, pois foi muito em cima. Tem uma plataforma que você entra com uma senha, tem provas e as orientações são muito boas. Isso não tem o que se falar, das áreas que eu já atendi. Tanto que eu mandei para o Fernando um texto que era assim desumano uma intérprete fazer a prova do ENEM o tempo todo ali, o certo é trocar de uma em uma hora o intérprete, pois o desgaste é muito grande, isso no caso do surdo, da forma como eu estudei. Instada para relatar como se deu o acompanhamento do autor no dia da prova, desde a hora que chegou, durante e até o fim da prova, as intervenções feitas por ele e o que a testemunha e o ledor fizeram, disse se lembra do autor estar tranquilo, com toda a equipe, ele estava numa sala sozinho, no segundo dia percebemos que ele ficou incomodado com a carteira e nós mudamos, outro fato que chamou a atenção foi que ele ficava ansioso e terminou o lanche e aí nos pegamos nosso lanche e demos para ele, mas tranquilo. Ele perguntou umas dez ou quinze vezes, mensurar é difícil. No meu caso ele me perguntou sobre horário, ele ia mais com o ledor para fazer a leitura do texto, redação ele fez sozinho. Uma coisa que incomodou muito ele foi a hora. Dito que a nota dele na redação foi acima da média, 880 e lidas as demais notas obtidas pelo autor no ENEM em relação à média nacional, foi questionada a testemunha a interpretar os resultados do Gabriel disse que se a prova tivesse disso aplicada de forma adequada ele poderia, talvez, ter ido melhor. Eu não tenho acesso de onde o Gabriel veio, se fez cursinho então no caso dele acho que foi tudo bem, mas não sei falar dos demais. As notas dele foram boas, mas não se sabe como seriam se tivesse uma prova adequada, só fazendo para se saber. Questionada se em relação à correção, se ela deveria ter sido melhor disse que se a prova fosse adequada a correção já seria diferenciada. No caso da redação deveria ter uma correção adequada. Questionada sobre como deveria ser a prova para nivelar da mesma forma o autor e os demais disse: adequar os enunciados, por exemplo: chove canivete para ele é lido de forma objetiva. Eu não sei como é feita a inscrição, mas poderia constar, por exemplo: espectro autista pode solicitar isso, aquilo, e etc.; discalculia pode solicitar calculadora, não sei se tem isso. O Gabriel não fez uso de calculadora. Questionada acerca das orientações recebidas para o trabalho no ENEM disse que foi orientada que poderia dar explicações desde que não desse a resposta. Por exemplo, língua portuguesa, talvez dar explicações sobre a palavra que seria a chave do texto, fui orientada para não fazer isso. A gente fez leitura. A prova do ENEM foi há muito tempo e eu não consigo me lembrar de tudo, se eu soubesse que teria que fazer colocações em audiência eu teria saído da prova e feito anotações, mas não fiz isso, então não quero ser injusta, não sei quantas perguntas me foram feitas. Fui contratada acho que a uma semana da prova, minha relutância foi grande em não aceitar esse trabalho, porque tem uma cláusula que você não pode trabalhar se seu filho faz o ENEM, como eu já tinha um na universidade e eu sabia disso eu não queria, porque era lei. Não se achavam profissionais nessa área para acompanhar a prova. O prazo foi muito curto. Fui orientada apenas no dia da prova. Fui chamada para prestar auxilio a uma pessoa de espetro autista e que eu não poderia dar os sinônimos das palavras desde que desse entendimento de texto. Todo o amparo necessário para ele. Não tive preparação com plataforma de alinhamento, tivemos que chegar um pouco antes, por volta de nove horas da manhã, e tivemos explicações de forma geral, mas não especificamente para autistas. Questionada sobre a orientação recebida disse que foi no mesmo dia da prova, passada por um responsável da instituição que ficava no local. Eu sei que poderíamos passar as informações, mas foi de uma forma geral, nada específico para o espectro autista. Foi falado, junto com o grupo, que poderíamos dar explicações de sinônimos, mas não se poderia dar a resposta, isso foi dito, mas a forma na qual passamos, que adaptamos

isso na hora da prova foi nossa ideia. Não houve alinhamento. Utilizei por causa da minha formação, mas não houve orientação. Adaptei na hora, por que eu sabia que espectro autista precisava disso. Eu faço todo o material de acompanhamento de estagiários que cuidam disse em escolas. O que houve de pergunta do Gabriel foi: essa palavra significa o que? Eu disse é isso e ele está bom. Não li todo o enunciado e expliquei porque ele não me perguntou isso. Quando eu percebi, por exemplo, em história, que ele não estava entendendo eu lia o enunciado e dava uma enxugada para ele, tornando o texto mais objetivo. Eu acho que o aluno sai perdendo, pois uma prova como o ENEM o aluno sai da prova cansado. Não sei se as estratégias mentais que eu estou utilizando são condizentes com o que ele necessita. Se a prova está adequada para o espectro autista e você tem que fazer algumas adaptações a aplicação se torna muito mais fácil. O Gabriel era mais quieto, não perguntava tantas vezes então na prova de história eu percebia que ele lia e me olhava e eu ajudava. Como você está me perguntando agora várias vezes, ele não faz isso. Ele vai me perguntar apenas uma vez e dependendo do jeito que eu falar ele já vai ficar quieto, por isso que se a prova já estivesse adequada o desgaste seria bem menor. Na minha opinião temos ótimos profissionais que poderia já elaborar uma prova para o espectro autista, já adaptada para a finalidade. Questionada de como seria uma prova adaptada para os diferentes níveis do espectro autista disse que ainda assim é viável, pois a nossa sociedade também é diferente, então dá diferença, tem alunos de escola pública. A prova tinha que ser mais objetiva ela já englobaria diversos níveis de espectro autista com enunciados menores e mais objetivos já atenderia grande parte desse público. Se mudasse a forma de ingresso na universidade no nosso país já seria mais justo.

Isabel Aparecida dos Santos Martinez:

Sou professora, psicopedagoga, formada em neuropedagogia e psicanalise voltada para a educação. Vi o autismo na graduação e nas pós-graduações, mas não sou especializada em autista. Acompanhei o Henrique na prova. Fui convocada na semana do ENEM. A pessoa que me convocou me disse que tinha saído uma liminar e precisava de uma pessoa para acompanhar um aluno com Síndrome de Asperger durante a prova; até então nenhuma orientação foi dada. No dia do ENEM foram passadas orientações de como proceder durante a prova. As orientações foram de que poderíamos dar no máximo, quando tivesse dúvida sobre palavra e prova, poderíamos dar os sinônimos desde que não fosse a resposta da prova. Foi pedido que ficássemos atentos a ele quando perdesse a concentração, ficasse distraído. Não foi orientado sobre tornar o enunciado mais objetivo, quando eu questionei sobre dúvida que o aluno teria me responderam que o máximo era dar o sinônimo de uma palavra. Fui convocada com uma semana mais ou menos de antecedência. No primeiro dia da prova eu cheguei na sala e o Henrique já estava lá com o lanchinho. Eu cheguei e me apresentei para ele, expliquei o motivo de eu estar lá, ele disse que sabia. Falei como ele deveria me chamar se precisasse e expliquei o que eu poderia fazer caso ele me chamasse, que eu poderia dar um sinônimo para ele. O Henrique se mostrou muito inteligente, até quando eu tocava nele para saber se estava bem, porque ele me perguntou muito pouca coisa. Ele solicitou 'saber' umas duas vezes sobre palavras. Na minha presença eu não sei se ele foi orientado. Não tinha ledor na sala, só um responsável. Ele não estava disperso. Ele nem quis parar para tomar água, queria continuar. Lidas as notas do Henrique e a média nacional na prova do ENEM a testemunha foi questionada a emitir uma opinião, diagnóstico sobre isso disse que acha que o Henrique foi muito bem, pela dificuldade dele. Demonstrou-se atento e preparado sobre a matéria. Eu entendo que o meu acompanhamento ajudou ele a manter-se concentrado no que ele estava fazendo. Em relação ao conteúdo não, se a prova tivesse adaptada eu acho que ele poderia ter ido bem melhor. Questionada sobre a adaptação da prova disse que ela deveria ter uma elaboração das questões de forma mais simplificada para que não tivesse duplo sentido. Questionada se isso

não traria um prejuízo aos outros candidatos disse que traria se mudasse o conteúdo, mas sendo o mesmo conteúdo igualaria o nível. É possível fazer um nível de nivelamento melhor independentemente do nível, isso teria que ser feito para todos e não só para o Henrique. Todos que tem a mesma síndrome do Henrique apresentam a mesma dificuldade e eu acho até injusto aos que entram na Justiça conseguem e os outros que não tem esse conhecimento não conseguem. Eu trabalho com esse tipo de dificuldade e lá na prova tinham vários pacientes meus lá que estavam fazendo a prova sem acompanhamento. Estavam em salas separadas, num bloca com alunos com dificuldades só que foi solicitado sala especial para o Henrique, ele ficou sozinho e os outros estavam em salas nesse bloco com outros alunos com dificuldades, em uns vinte ou vinte e cinco alunos. Tiveram, como o Henrique, uma hora a mais para fazer a prova e sei que um solicitou calculadora, pois se sabia da dificuldade. Não foi solicitado para o Henrique o uso de calculadora, mas fiquei sabendo no segundo dia que ele tinha discalculia. Aí a mãe desconhecia que poderia ter sido solicitado e por isso ele não tinha, pois não foi pedido. Questionada quanto à correção da prova, disse não ter tido contato, mas por não conhecer o Henrique não sabe se seria necessário. No geral, eu acho que deveria ter uma correção diferenciada sim. As provas que foram ciências, etc. eu percebia que ele lia mais de uma vez. O que senti que ele tinha mesmo uma dificuldade foi em relação à matemática, eu vi que ele realmente chutou. Não sei como foi a formação dele em matemática por isso não sei se a calculadora ajudaria. Eu não sei o nível de discalculia dele. O discalculo quanto mais cedo descoberto mais chances você tem de trabalhar e obter condições de através da calculadora resolver a questão. Quando descoberto mais tarde fica mais difícil resolver, pois ele passa a ter dificuldades com números então nem a calculadora resolve e eu não tenho esse conhecimento do Henrique. Não tinha ledor só o fiscal de sala. Não acompanhei o Gabriel. Mandei um relatório ao INPE discorrendo da prova e eu confirmo isso. Fui chamada uma semana antes da prova e no dia da prova me passaram informações de forma generalizada, inclusive o pessoal que estava coordenando o ENEM nem sabia que as duas psicopedagogas que lá estavam foram convocadas. Quando pedimos orientações em como proceder a pessoa entrou em contato com alguém responsável pelo INEP e esta pessoa orientou ela por telefone para o que ela precisava nos passar. Foi dessa forma e faltou o preparo. Questionada sobre a adaptação dos enunciados para todos os níveis de Asperger disse que acredita que só a transformação desses enunciados atenderia todos os níveis da síndrome. Afirmo isso por causa do meu atendimento a pacientes com autismo que atendo em consultório. Normalmente os com síndrome de Asperger são muito inteligentes, tem uma dificuldade maior em algumas áreas, uns são muito bons em línguas e tem dificuldade em matemática outros são muito bons em matemática, mas tem dificuldades em línguas. Precisamos conhecer o aluno, mas existe uma forma geral que são característica de todos e tendo essa adaptação por alguém que conheça isso, serve para todos, claro que não é fácil para todos, assim como não é para aqueles que não tem a síndrome também, vai depender de cada um.

Depreende-se dos depoimentos das testemunhas que havia a possibilidade de se formular questões adaptadas à deficiência dos autores, sem que isso implicasse em prejuízo do conteúdo cobrado e do princípio da isonomia.

Sublinhe-se, uma vez mais, que a instrução da presente demanda não foi realizada com o objetivo de se exigir uma prova específica para cada espécie de deficiência, mas de se averiguar a existência de *parâmetros mínimos de nivelamento*, o que, segundo destacado pelo Laudo Pericial e pelos artigos científicos acostados aos autos, se afigura plenamente possível. Como bem enfatizado pela perita judicial, "não seria necessário elaborar 100.000 (cem mil) provas diferentes, pois as adaptações poderiam ser as mesmas para todos os 100.000 (cem mil), com base nos principais prejuízos do quadro, assim como ocorre com a dislexia, que também é um quadro bastante heterogêneo, mas que tem um prejuízo comum a todos os portadores, que é

a dificuldade na leitura e na escrita" (fl. 754, verso).

De ver-se, ainda, que são inúmeras as possibilidades de se proporcionar a inclusão das pessoas com Síndrome de Asperger, como, por exemplo, o desenvolvimento de software denominado "SCALA", mencionado no artigo científico juntado a fls. 462/477, que tem por objetivo criar pranchas de comunicação, com a utilização de sintetização de voz, gravação de áudio, legenda e animações que facilitam a comunicação e compreensão pelas pessoas com déficits cognitivos, o que demonstra que é possível a criação e utilização de ferramentas que proporcionem a acessibilidade e a inclusão das pessoas com deficiência.

Dessa forma, resta plenamente demonstrada a existência de meios disponíveis que garantam o nivelamento necessário das pessoas com a deficiência em testilha, bem como da existência de conhecimentos específicos e aprofundados a respeito, os quais são plenamente acessíveis à equipe do ENEM.

Impende, outrossim, ressaltar que, malgrado disponíveis os meios de adaptação, é certo que não se pode esperar que o administrador preveja todas as hipóteses de deficiência e estabeleça, sem um estudo prévio, os meios que garantam maior acessibilidade. Na hipótese dos autos, tem-se que se afigura razoável a defesa do INEP no sentido da exiguidade do tempo para adotar as providências determinadas na antecipação de tutela deferida, bem como deve ser sopesado o fato de que cumpriu parcialmente com as determinações, para fins de aplicação da multa fixada, notadamente pela complexidade das questões envolvidas na presente demanda.

De outro norte, não se pode perder de vista que há verdadeira falta de planejamento, a qual redunda em omissão e descumprimento do disposto no art. 30, III, IV e VI do Estatuto da Pessoa com Deficiência, acarretando severo desnivelamento de condições de acesso ao ensino superior às pessoas com deficiência.

Tal omissão deve ser qualificada como "lesiva" e "perversa", traduzindo-se em inaceitável violação a direitos sociais garantidos às pessoas com deficiência. A propósito da omissão estatal quanto à implementação de políticas públicas, já decidiu o *E. Supremo Tribunal Federal*:

> [...] Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- -jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. [...] O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. [...] A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. [...] A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do

> postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de 'mínimo existencial', que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. [...] Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A 'astreinte' - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. (STF, ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

Com efeito, sopesadas as obrigações de fazer impostas na decisão que deferiu a tutela de urgência, as possibilidades materiais e técnicas demonstradas nos autos e o tempo exigido para sua satisfação, tenho que, fixada a multa em R$ 30.000,00 para cada autor, deve ser reduzida ao valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada autor, em virtude do cumprimento parcial das obrigações impostas e da complexidade do caso (art. 537, §1º, II, CPC).

É necessário dizer que, mesmo em se tratando de prestações materialmente infungíveis, é cabível, na espécie, a fixação da astreinte. Nesse sentido, confira-se:

> PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CÉDULA DE PRODUTO RURAL. EXECUÇÃO. ENTREGA DE COISA. FIXAÇÃO DE MULTA POR DIA DE ATRASO. POSSIBILIDADE. CONSONÂNCIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. 1. "É cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de multa diária (astreintes) como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer (fungível ou infungível) ou entregar coisa. Precedente da 1ª Seção: EREsp 770969/RS (1ª Seção. Min. José Delgado, DJ 21.08.2006)." (REsp n. 893.041/RS, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 14/12/2006.) 2. A consonância entre a decisão recorrida e a jurisprudência do STJ obsta o conhecimento do recurso especial, nos termos da Súmula 83/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no AgRg no REsp 1108445/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 10/08/2015)

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FIXAÇÃO DE MULTA. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. 1. Cuida-se, originariamente, de agravo de instrumento contra decisão do juízo de primeira instância que estipulou multa diária no valor de R$ 500,00, caso a União descumpra obrigação de fazer a que foi condenada. 2. É cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de multa diária - astreintes - como meio coercitivo para cumprimento de obrigação de fazer (fungível ou infungível) ou entrega de coisa. Precedentes do STJ. 3. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no Ag 1352318/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 25/02/2011)

Ressalte-se que a multa cominatória tem a função de coagir a parte a cumprir a obrigação de fazer ou não fazer que lhe foi imposta, não possuindo caráter indenizatório. Desse modo, a multa não se confunde com a própria prestação almejada – obrigação de fazer ou seu equivalente, sendo possível a condenação em ambas, conforme a letra do art. 500 do CPC.

Na hipótese dos autos, verifica-se que, uma vez ultrapassadas as provas, não se viabiliza o cumprimento das obrigações de fazer determinadas nos presentes autos, cujo descumprimento parcial, notadamente em relação à elaboração e correção das provas, encontra-se cabalmente demonstrado.

Desse modo, incide, na espécie, a letra do art. 499 c/c art. 821, parágrafo único, c/c art. 771 do Código de Processo Civil, que viabilizam a conversão das prestações de obrigações de fazer infungíveis não adimplidas em perdas e danos, autorizando-se a execução subsidiária. Nessa esteira:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - OBRIGAÇÃO DE FAZER CONVERTIDA EM PERDAS E DANOS - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. IRRESIGNAÇÃO DA DEMANDADA. 1. Não havendo como deduzir das razões recursais eventual violação ao dispositivo legal infraconstitucional apontado, aplica-se, analogicamente, a Súmula 284/STF. 2. Na esteira da jurisprudência deste STJ, "É lícito ao julgador valer-se das disposições da segunda parte do § 1º do art. 461 do Código de Processo Civil [de 1973] para determinar, inclusive de ofício, a conversão da obrigação de dar, fazer ou não-fazer, em obrigação pecuniária (o que inclui o pagamento de indenização por perdas e danos) na parte em que aquela não possa ser executada" (REsp 1055822/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/5/2011, DJe 26/10/2011) 2.1 Para verificar a alegada impossibilidade de conversão da obrigação em perdas e danos seria imprescindível a rediscussão de matéria fática, incidindo, na espécie, o óbice da Súmula 7/STJ. 3. Agravo interno desprovido. (STJ, AgInt no AREsp 859.390/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 02/03/2018)

Na hipótese vertente, o descumprimento das obrigações de fazer impostas ao INEP acarretaram inegável prejuízo aos autores.

Com efeito, a prova pericial e a prova testemunhal foram uníssonas em afirmar que as condições materiais oferecidas pelo INEP aos autores não foram suficientes ao atendimento de suas necessidades especiais. A perita judicial e as testemunhas ouvidas, inclusive as testemunhas que acompanharam os autores na realização das provas, afirmaram que se as provas fossem elaboradas com enunciados apropriados à deficiência dos autores e se a correção das provas fosse realizada por profissional capaz de identificar "os prejuízos decorrentes do quadro" evidenciado pela particular situação dos autores, estes teriam, efetivamente, melhores chances de êxito no exame realizado.

Todavia, houve evidente frustração do direito reconhecido em sede de antecipação de tutela nos autos.

Neste caso, a aferição dos danos existentes deve ser realizada mediante a aplicação da teoria da perda de uma chance (la perte d'une chance).

No ponto, o eminente *Ministro do STJ, Paulo de Tarso Sanseverino*, no julgamento do *Recurso Especial nº 1.291.247/RJ*, DJe 01.10.2014, bem definiu a mencionada teoria, *verbis*:

> Em verdade, não há falar em responsabilidade civil sem dano, fazendo-se necessária a presença de seus três principais elementos – a certeza, a imediatidade e a injustiça do dano.
> A certeza do dano constitui o principal elemento, significando que a lesão ao interesse do prejudicado deve ser real e efetiva, sem deixar dúvida acerca da sua existência, ficando, assim, excluídos os danos hipotéticos.
> Essa afirmativa, porém, deve ser relativizada, pois, entre o dano certo e o hipotético, existe uma nova categoria de prejuízos, que foi identificada pela doutrina e aceita pela jurisprudência

> a partir da teoria da perda de uma chance.
> Relembre-se que a teoria da perda de uma chance tem aplicação, quando o evento danoso acarreta para alguém a perda de uma chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda.
> [...]
> A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável, consubstanciada em uma esperança para o sujeito, cuja privação caracteriza um dano pela frustração da probabilidade de alcançar esse benefício possível. Fica claro, assim, que o 'perdido, o frustrado, na realidade é a chance e não o benefício esperado como tal' (Henri Lalou, Ibid, p. 78).
> Por isso, na perda de uma chance, há também prejuízo certo, e não apenas hipotético, situando-se a certeza na probabilidade de obtenção de um benefício frustrado por força do evento danoso.
> Repara-se a chance perdida, e não o dano final.

Na mesma esteira, definiu o E. *Superior Tribunal de Justiça* que:

> A teoria da perda de uma chance comporta duplo viés, ora justificando o dever de indenizar em decorrência da frustração da expectativa de se obter uma vantagem ou um ganho futuro, desde que séria e real a possibilidade de êxito (perda da chance clássica), ora amparando a pretensão ressarcitória pela conduta omissiva que, se praticada a contento, poderia evitar o prejuízo suportado pela vítima (perda da chance atípica).
> [...]
> Na responsabilidade civil pela perda de uma chance, o valor da indenização não equivale ao prejuízo final, devendo ser obtido mediante valoração da chance perdida, como bem jurídico autônomo. (STJ, REsp 1677083/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 20/11/2017)

Sabe-se que a teoria da perda de uma chance "incide em situações de responsabilidade contratual e extracontratual, desde que séria e real a possibilidade de êxito, o que afasta qualquer reparação no caso de uma simples esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória, como na hipótese" (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1145118/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 25/10/2017).

No caso dos autos, verifico, pela prova produzida, notadamente a pericial e testemunhal, que se disponibilizadas as adaptações necessárias às provas e suas respectivas correções aos autores, pelo potencial demonstrado por ambos, a possibilidade de êxito se traduziria em possibilidade "séria" e "real", ultrapassando o campo da "mera expectativa aleatória".

Assim sendo, tenho como justa e suficiente à reparação dos danos sofridos pelos autores, a título da chance perdida, a fixação de indenização no valor de *R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais)* para cada um.

Não bastasse, as perdas e danos, como se sabe, compreendem os danos emergentes e os lucros cessantes (art. 402, CC).

Neste caso, os autores foram instados a demonstrar, mediante a juntada de comprovantes, os danos materiais que suportaram com a conduta omissiva do INEP verificada nos autos.

O autor Henrique Ferreira Guimarães comprovou a fls. 805/807 que suportou, no ano de 2017, despesas referentes ao curso pré-vestibular, as quais totalizaram o valor de *R$ 783,00 (setecentos e oitenta e três reais).*

Por sua vez, o autor Gabriel Ferrari da Cruz comprovou a fls. 808/811 que suportou, no ano de 2017, despesas com a matrícula e frequência no curso de Bacharelado em Audiovisual

promovido pelo SENAC, totalizando o valor de *R$ 2.121,90 (dois mil, cento e vinte e um reais e noventa centavos).*

É certo que a conduta omissiva do Réu acarretou a necessidade de, pelo menos por mais um ano, os autores frequentarem cursos pré-vestibulares e outros estabelecimentos de ensino.

Assim, na apuração das perdas e danos suportados pelos autores, deve ser incluído o dano emergente mencionado.

III

Ao fio do exposto, com fulcro no art. 487, I, do Código de Processo Civil, *JULGO PROCEDENTE* o pedido vertido na inicial para o fim de:

1. Declarar o direito dos autores de obterem do INEP as seguintes adaptações para a realização da prova do ENEM-2016, consubstanciadas em obrigações de fazer: a) Elaboração de provas adaptadas às suas necessidades especiais, sem prejuízo do conteúdo cobrado, mediante questões com enunciados curtos, claros e objetivos, sem presença de figuras de linguagem, metáforas, significado dúbio ou que exija interpretações complexas; b) Correção da prova realizada por profissional especializado, notadamente na prova de redação, o qual deverá considerar os prejuízos decorrentes do quadro imposto pelo TEA, tais como: disgrafia, dificuldades na interpretação de texto, na interpretação de metáforas, em figuras de linguagem, provérbios e moral da história, pouca criatividade, baixa capacidade de resolução de problemas devido à inflexibilidade cognitiva, e dificuldade de planejamento e organização das informações (pouca coesão e coerência); c) Maior tempo para realização da prova, pelo menos 25% a mais do tempo para sua realização; d) Presença de profissional da área de educação para auxiliar na leitura e compreensão do que é solicitado na prova, bem como para transcrever a prova de redação e passar as questões assinaladas para o gabarito, por exemplo, a disponibilização de Ledor, Transcritor ou Intérprete de Enunciados, conforme demanda solicitada previamente; e) Disponibilização de uma Psicopedagoga para o acompanhamento da prova; f) Auxílio de calculadora para a hipótese de discalculia; g) Realização da prova em sala separada, na qual se garanta um ambiente silencioso e sem distrações; h) Mobília adaptada (mesa e cadeiras separadas).
2. Condenar o INEP a cumprir as obrigações de fazer mencionadas no item "1" para as provas do ENEM de 2016;
3. Ratificar a antecipação de tutela deferida nos presentes autos;
4. Considerando o descumprimento parcial das obrigações de fazer impostas na tutela antecipada e o fato de já terem sido realizadas as provas, condenar o INEP ao pagamento de "astreintes" no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada autor, bem como à indenização por danos morais (perda de uma chance), no valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para cada autor; e indenização por danos materiais, no importe de R$ 783,00 (setecentos e oitenta e três reais) e R$ 2.121,90 (dois mil, cento e vinte e um reais e noventa centavos), respectivamente, aos autores Henrique Ferreira Guimarães e Gabriel Ferreira da Cruz, a título de danos emergentes;
5. Os valores serão devidamente corrigidos e acrescidos de juros de mora desde a data da presente sentença, em conformidade com os itens 4.2.1 e 4.2.2 do Capítulo IV, do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelas Resoluções 134/2010 e 267/2013, do CJF;

6. Condenar o INEP a ressarcir aos autores os valores das custas processuais e honorários periciais despendidos, devidamente corrigidos desde o respectivo desembolso, em conformidade com o item 4.2.1 do Capítulo IV, do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelas Resoluções 134/2010 e 267/2013, do CJF;
7. Condenar o INEP a pagar aos autores honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

P.R.I.C.

São Carlos, 17 de agosto de 2018.

Juiz Federal RICARDO UBERTO RODRIGUES

AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA
0001356-52.2017.4.03.6131

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réu: RODRIGO ALMEIDA BARROS
Origem: JUÍZO FEDERAL 1ª VARA DE BOTUCATU - SP
Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/10/2018

Vistos, em sentença.

Trata-se de ação penal movida pelo *Ministério Público Federal* em face de *Rodrigo Almeida Barros*, qualificado à fl. 90, para apuração da eventual prática do delito tipificado pelo *art. 313-A*, c/c o art. *71*, ambos do *CP*, uma vez que, na qualidade de administrador da empresa "DROGARIA NOSSA SENHORA APARECIDA – RODRIGO ALMEIDA BARROS FARMÁCIA – ME", valendo-se de credenciamento junto ao PROGRAMA FARMÁCIA POPULAR DO BRASIL, obteve para si, inserindo informações inverídicas no Sistema Autorizador do Programa "DATASUS", vantagem indevida, em detrimento da UNIÃO.

Acompanha a denúncia o IPL n. 0452/2016, instaurado pela Delegacia de Polícia Federal em Bauru/SP.

Os autos foram distribuídos a este Juízo, em 20/10/2017, tendo o Ministério Público Federal oferecido denúncia (fls. 90/92), que foi recebida aos *06/11/2017* (fls. 93).

Folhas de antecedentes criminais foram juntadas às fls. 96/97 e 99.

O acusado foi regularmente citado (fls. 107) e interrogado (fls. 162/164).

Em instrução colheu-se o depoimento da testemunha arrolada pela acusação e defesa, registrada em sistema audiovisual, na forma do artigo 405, § 1º, do CPP, havendo desistência de oitiva da testemunha INÊS MARIA DE ARRUDA CANO (fls. 135/137).

Na fase do art. 402 do CPP, o Ministério Público Federal e a defesa do acusado nada requereram.

Em alegações finais (fls. 168/173), o Ministério Público Federal pugnou pela *condenação* do acusado, nos termos do art. 313-A, c.c. o art. 71, do CP.

A defesa do acusado, em sede de alegações finais (fls. 181/187), postulou pela *absolvição* do mesmo, considerando que não restou comprovada nos autos a prática delitiva e, em pedido subsidiário, pleiteia, em caso de condenação, a fixação da pena privativa de liberdade no mínimo legal e a sua substituição por penas restritivas de direito.

É o relatório.

Decido.

Encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, não há preliminares a decidir, nulidades a reconhecer, anulabilidades ou irregularidades a suprir ou sanar, encontram-se os autos em termos de julgamento. Passo ao exame do mérito.

DA MATERIALIDADE

A materialidade delitiva do fato descrito na imputação contida na denúncia restou comprovada pelo que se vê do *Relatório de Auditoria n. 16434 do DENASUS (fls. 07/31)*, conclusivo no sentido de que a empresa administrada pelo acusado não apresentou documentos

fiscais comprobatórios de aquisição dos medicamentos dispensados, por meio do Programa "Farmácia Popular", dando conta que o estoque de referida empresa era inferior às sobreditas dispensações. Mais, constatou o procedimento de fiscalização que houve dispensação de medicamentos a pessoas já falecidas, originando-se, de tais condutas, prejuízo de *R$ 75.532,10*, ao Fundo Nacional de Saúde. Com tais considerações reputo presente a *materialidade* do fato descrito na denúncia.

DA AUTORIA

De igual modo, tenho que *autoria* delitiva também se acha bem demonstrada.

A testemunha comum, ROSA HIROMI NAKAZONE, uma das agentes fiscais que procedeu à auditoria que culminou no inquérito em apenso, afirmou que, a partir da ação de fiscalização, foi possível constatar que a farmácia de propriedade do acusado dispensou medicamentos, por meio do Programa "Farmácia Popular", informando entrega de medicamentos a pessoas já falecidas, e que, dada oportunidade ao acusado para encaminhar documentos fiscais comprobatórios, seja das aquisições dos medicamentos, quanto das vendas, este não apresentou qualquer comprovação de que tais transações tenham ocorrido. Afirmou, ainda, que no sítio eletrônico do Programa de Farmácia Popular do Brasil há todas orientações pertinentes aos procedimentos que devem ser observados pelas empresas cadastradas no aludido programa.

Em seu *interrogatório*, perante o Juízo, o acusado afirmou que as vendas foram realmente realizadas, e que possuía documentos para comprovar tal assertiva. Que era o único responsável pela inserção das informações no sistema informatizado do DATASUS. Afirmou, ainda, no que diz respeito às dispensações de medicamentos a pessoas falecidas, que, provavelmente, tenha incorrido em erro ao inserir seus correspondentes números de CPF no sistema, ou, ainda, que tais compras tenham sido feitas por "procuradores".

A partir disso, a meu ver, outra conclusão não pode sobejar senão a de que a autoria se mostra inconteste. As alegações do acusado no sentido de que poderia haver incorrido em erro na digitação dos números de CPF de pessoas falecidas, não vieram acompanhadas de qualquer comprovação, e, mais e até principalmente, não veio aos autos nenhum documento hábil a comprovar que, pelo menos, as compras dos medicamentos para o estabelecimento comercial, com a sua posterior venda a terceiros – fato que poderia facilmente ser comprovado por meio de Notas Fiscais – tenham ocorrido. Evidentemente que, fosse o caso, de fato, de um mero erro inocente de digitação quanto ao número de CPF do adquirente do medicamento, provas documentais das efetivas aquisições e subsequentes dispensações dos medicamentos existiriam, ou teriam condições de ser exibidas. À míngua dessa demonstração – que competia à defesa do acusado – somos deixados com a conclusão, única possível, de que a aquisição cadastrada na plataforma digital do Programa "Farmácia Popular" efetivamente não aconteceu.

Aqui, entra em consideração a circunstância de que o acusado, além de diretamente beneficiado pelos repasses de verbas para a aquisição de tais fármacos, era o único responsável pela empresa investigada, a única pessoa que tinha acesso ao sistema informatizado do DATASUS (utilizado para operar o programa), havendo reconhecido, em sede de interrogatório, que, de fato, os registros ali lançados, e apontados como irregulares pelas autoridades da fiscalização, foram por ele realizados.

Registre-se, nesse ponto, a douta *opinio* do Ministério Público Federal, da lavra do *Em. Procurador da República Dr. FABRÍCIO CARRER*, plasmada em sede de alegações finais (*fls. 172*), nos termos seguintes:

> Assim, infere-se que se o acusado não comprovou a aquisição e nem a venda dos medicamentos selecionados pela auditoria, as informações de dispensações inseridas por ele no sistema

> PFPB são falsas, tendo gerado o locupletamento ilícito em seu favor, uma vez que recebeu repasses indevidos do Ministério da Saúde.
> Nesse ponto, cumpre esclarecer, que o estabelecimento credenciado é remunerado pelo Governo Federal a partir dos lançamentos de dispensações (entrega ao cidadão) de medicamentos efetuadas no Sistema Autorizador do Programa, conforme se depreende dos artigos 17 e 29, da Portaria GM/MS nº 971/2012, vigente à época das dispensações (g.n.).

Daí, não demonstradas as efetivas transações comerciais envolvendo os medicamentos declarados, na plataforma digital, pelo ora acusado, e certificado que a única pessoa a manipular o sistema era ele próprio, justamente o beneficiário dos repasses das verbas atinentes ao programa, desvela-se, com grande segurança, a conclusão pela autoria do fato criminoso descrito na inicial, a substanciar um decreto condenatório do réu.

DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE ESTELIONATO. AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO TÍPICA PARA O CRIME DE INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES. EMENDATIO LIBELLI.

Entretanto, é quanto à análise do dolo que se estabelece, a meu sentir, a divergência entre a capitulação inicial dada ao fato estampada na denúncia, e as conclusões em que emergiu a instrução criminal desenvolvida sob o pálio do contraditório.

Resguardado, sempre, o máximo respeito e o devido acatamento à Douta posição sustentada pelo I. Órgão acusatório, estou em que as circunstâncias que emergiram da instrução levam à conclusão de que o agente que insere informações inverídicas nos sistemas informatizados do programa de Farmácia Popular, tem em mente a percepção de vantagem pecuniária. Utiliza-se da inserção de dados falsos no sistema, apenas como meio, como iter de conduta criminosa que, ao fim e ao cabo, tem em mira a apropriação indevida das verbas públicas envolvidas no programa. Pratica, assim, segundo essa forma de ver a questão, o delito de *estelionato*, majorado (*art. 171, § 3º do CP*). Nesse sentido, indico os seguintes julgados do *E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO*:

> *PENAL. ESTELIONATO MAJORADO. PROGRAMA FARMÁCIA POPULAR. IRREGULARIDADES GRAVES. VANTAGEM INDEVIDA APURADA. PREJUÍZO CONCRETO AOS COFRES FEDERAIS. EXPEDIENTE FRAUDULENTO CARACTERIZADO. ESTELIONATO CONFIGURADO.*
> 1. O programa Farmácia Popular do Brasil (PFPB) foi instituído pela União Federal no ano de 2004, com o intuito de promover a distribuição de medicamentos de uso maciço a preços subsidiados pelos cofres públicos. Programa que não se voltava à distribuição gratuita e, inclusive, a proibia, salvo, a partir de 2011, com relação a uma lista restrita de medicamentos. A contrapartida obrigatória do usuário constituía característica inelidível do PFPB à época dos fatos, e assim seguiu sendo, ressalvada a exceção já referida.
> *2. Percepção de vantagem ilícita (recebimento dos repasses feitos pela União por medicamentos que não foram efetivamente dispensados), mediante fraude, consubstanciada no uso indevido do CPF de supostos usuários para simular a venda dos medicamentos, induzindo em erro da União, que pagava sua contraprestação pelos medicamentos, gerando com tal prática prejuízo para a União Federal.*
> *3. Materialidade, autoria e dolo demonstrados. Prova documental e testemunhal.*
> *4. Dosimetria da pena privativa de liberdade mantida: pena-base acima do mínimo legal, ausência de agravantes ou atenuantes, causa de aumento prevista no art. 171, § 3º, do Código Penal e continuidade delitiva do art. 71 do Código Penal.*
> 5. Considerando que a pena de multa deve ser fixada em consonância com o sistema trifásico de dosimetria da pena, reduz-se para 24 (vinte e quatro) dias-multa, para que as penas de

multa e privativa de liberdade aplicadas guardem entre si a proporção e a coerência.
6. Valor do dia-multa aumentado para um dos réus, nos termos do apelo da acusação.
7. Substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito: uma pena pecuniária em favor da União, no valor de dois salários mínimos em vigor à época do pagamento e uma pena de prestação de serviços à comunidade ou à entidade pública a ser designada pelo Juízo da Execução, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, nos termos do apelo da acusação.
8. Execução provisória da pena. Entendimento do STF.
9. Apelação do réu a que se dá parcial provimento. Apelação da acusação a que se dá provimento. De ofício, reduzida a pena de multa do corréu e determinada a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito (g.n.).
[Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 74344 0002713-15.2012.4.03.6108, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/08/2018].

No mesmo sentido:

PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE POR APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 9, § 2º DA LEI Nº 10.684/2003. IMPOSSIBILIDADE. ROL TAXATIVO. ESTELIONATO MAJORADO. PROGRAMA FEDERAL FARMÁCIA POPULAR DO BRASIL. VANTAGEM INDEVIDA APURADA. PREJUÍZO CONCRETO À UNIÃO FEDERAL. SENTENÇA BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM TESTEMUNHOS COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL. INOCORRÊNCIA. ESTELIONATO CONFIGURADO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. APELO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO.
1. Rejeitada a tese defensiva de ser o delito passível de extinção da punibilidade por ressarcimento do dano em aplicação analógica ao art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003. No crime que foi imputado ao réu, estelionato, o bem jurídico tutelado é o patrimônio (Título II do Código Penal) não sendo possível atribuir-lhe qualquer analogia e hipótese de extinção da punibilidade com o ressarcimento do dano destinada aos crimes de supressão ou redução de tributos ou de contribuições sociais, apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária, cujos bens jurídicos protegidos são a ordem tributária e a Previdência, taxativamente descritos no rol do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003. Ademais, o legislador não previu qualquer hipótese de extinção de punibilidade dos crimes contra o patrimônio, inexistindo, assim, qualquer falha ou omissão da lei penal nesse sentido. Por outro lado, não se mostra razoável admitir a analogia em tese, visto que acarretaria a descriminalização dos crimes contra o patrimônio, aos quais o legislador previu, inclusive, majoração da pena em um terço aos praticados em detrimento de entidade de direito público, conduta eminentemente reprovável, por ferirem diretamente o bem comum, como no caso dos autos.
2. Autoria, materialidade e elemento subjetivo (dolo) configurados.
3. A auditoria realizada pelo DENASUS e os depoimentos colhidos no curso do inquérito policial demonstram inequivocamente a materialidade delitiva a que foi incurso o réu, art. 171, caput, e §3º, do Código Penal, em detrimento ao Programa Federal Farmácia Popular do Brasil.
4. O primeiro artifício utilizado pelo réu foi proceder ao cadastramento de usuários ao Programa Farmácia Popular, em suas residências e lançar medicamentos em seus CPF's sem que os tenham adquirido, bem como por tê-los dispensado gratuitamente, como se depreende dos depoimentos colhidos extrajudicialmente.
5. Não obstante os depoimentos das testemunhas tenham sido coesos e convergentes a indicar sua atitude orquestrada de angariar clientes para o programa federal, colhendo seus dados pessoais e dispensando medicamentos sem qualquer contrapartida ou até mesmo emitindo autorizações de pagamento em nome de terceiros, sem que fizessem uso de tais medicamentos.

6. As vendas simuladas de medicamentos ocorreram durante a vigência da Portaria MS 749/09, que previa contrapartida de pelo menos 10% (dez por cento) dos usuários sobre o valor dos medicamentos. Fornecendo-os gratuitamente ou sem que tenham sido realmente adquiridos pelos usuários ou dispensando-os com receitas inválidas, a União acabava arcando com o valor integral ou parcial dos medicamentos, que eram lançados em lotes pelo réu no sistema informatizado do programa.
7. Os meios fraudulentos empregados pelo réu induziram a vítima (União Federal) em erro, posto que regularmente repassava os valores subsidiados ao réu, admitindo seus lançamentos como verídicos. Ademais, também induzia em erro os usuários, comprometendo a credibilidade do programa do Ministério da Saúde.
8. Quanto ao elemento subjetivo do delito (dolo) é certo que o apelante tinha conhecimento das normas do Programa Farmácia Popular. É farmacêutico e em depoimento declarou ser responsável por todos os atos da Farmácia Nova de Tupã, embora não figure em seu quadro societário.
9. Em nenhum momento, o réu afastou as constatações da auditoria do DENASUS, cuja eventual regularidade poderia ser elidida através de apresentação da contabilidade do estabelecimento, evidenciando o fluxo de entrada e saída de medicamentos e seu estoque, bem como com a comprovação da efetiva entrega dos medicamentos aos usuários.
10. As provas obtidas no curso do inquérito policial podem ser valoradas em sede judicial, em decorrência do princípio constitucional do livre convencimento motivado, desde que complementadas por outras provas, como restou configurado nos autos.
11. Dosimetria. Na primeira fase, afastamento da culpabilidade e do motivo do crime como circunstâncias judiciais negativas, com a consequente redução da pena-base. Na segunda fase, mantida a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, "b", do Código Penal e, em terceira fase, a incidência do aumento de 1/3 (um terço), conforme previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal. Ainda na terceira fase, aplicação da majorante do crime continuado (CP, art. 71), no mesmo patamar aplicado pelo juízo de origem, qual seja, 1/3 (um terço). Mantida a fixação do regime aberto e da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.
12. Prestação pecuniária reduzida diante da reparação integral do dano pelo réu, entendimento jurisprudencial adotado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.
13. Apelação da defesa parcialmente provida (g.n.).
[Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 59932 0000869-22.2011.4.03.6122, DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/05/2018].

Considerando, entretanto, que o substrato de fato discutido nos autos é exatamente o mesmo, instaurando-se a divergência, apenas e tão somente, com relação à definição jurídica desses mesmos fatos, possível a emenda do libelo, nos termos do art. 383 do CPP, ausente qualquer prejuízo à defesa do acusado, que se defende dos fatos e não da qualificação jurídica que a eles lhe empresta o libelo crime-acusatório.

Com esta alteração em relação à proposta inicial efetivada pelo I. Órgão da Procuradoria da República aqui oficiante, a quem renovo todas as vênias de direito, é que se deve analisar o dolo da conduta imputada ao agente aqui em questão, para se concluir *presente* o *dolo específico* de locupletamento em detrimento de terceiros, necessário e suficiente para a configuração do elemento anímico da conduta do tipo penal de estelionato, consoante pacificamente vem reconhecendo a doutrina e a jurisprudência. Nesse sentido, a lição do eminente *CELSO DELMANTO*, que, quanto ao tipo subjetivo do estelionato ensina que é composto pelo:

(...) dolo, com especial fim de agir (para apoderar-se de vantagem ilícita) que deve ser considerado elemento subjetivo do tipo. Na corrente tradicional é o "dolo específico". Não há

forma culposa.
[Código Penal Comentado e Legislação Complementar, 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 396].

De igual modo, os seguintes julgados:

PENAL. ESTELIONATO MAJORADO. PROGRAMA FARMÁCIA POPULAR. IRREGULARIDADES GRAVES. VANTAGEM INDEVIDA APURADA. PREJUÍZO CONCRETO AOS COFRES FEDERAIS. EXPEDIENTE FRAUDULENTO CARACTERIZADO. ESTELIONATO CONFIGURADO.
1. O programa Farmácia Popular do Brasil (PFPB) foi instituído pela União Federal no ano de 2004, com o intuito de promover a distribuição de medicamentos de uso maciço a preços subsidiados pelos cofres públicos. Programa que não se voltava à distribuição gratuita e, inclusive, a proibia, salvo, a partir de 2011, com relação a uma lista restrita de medicamentos. A contrapartida obrigatória do usuário constituía característica inelidível do PFPB à época dos fatos, e assim seguiu sendo, ressalvada a exceção já referida.
2. Percepção de vantagem ilícita (recebimento dos repasses feitos pela União por medicamentos que não foram efetivamente dispensados), mediante fraude, consubstanciada na dispensa de medicamentos do programa sem a comprovação da aquisição por meio de notas fiscais, induzindo em erro da União, que pagava sua contraprestação pelos medicamentos, gerando com tal prática prejuízo para a União Federal.
3. Materialidade, autoria e dolo demonstrados. Prova documental e testemunhal.
4. Dosimetria da pena privativa de liberdade mantida: pena-base no mínimo legal, ausência de agravantes ou atenuantes, causa de aumento prevista no art. 171, § 3º, do Código Penal e continuidade delitiva do art. 71 do Código Penal.
5. Considerando que a pena de multa deve ser fixada em consonância com o sistema trifásico de dosimetria da pena, reduz-se para 21 (vinte e um) dias-multa, mantido o valor unitário de 1/30 do salário-mínimo vigente a época dos fatos, para que as penas de multa e privativa de liberdade aplicadas guardem entre si a proporção e a coerência.
6. Substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito mantida.
7. Execução provisória da pena. Entendimento do STF.
8. Apelação da ré a que se nega provimento (g.n.).
[Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 75492 0000311-74.2016.4.03.6122, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/08/2018].

No mesmo sentido:

PENAL. PROCESSO PENAL. ESTELIONATO QUALIFICADO: ARTS. 171, § 3º C.C. 29 E 71, TODOS DO CÓDIGO PENAL. FRAUDE A PROGRAMA "FARMÁCIA POPULAR". MATERIALIDADE DELITIVA INCONTROVERSA. AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, REGIME INICIAL SEMIABERTO E INDEFERIMENTO DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS MANTIDOS. RECURSO DESPROVIDO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU, EM SUA INTEGRALIDADE.
1. Materialidade comprovada - e incontroversa.
2. Quanto à autoria delitiva, de se destacar que toda a prova dos autos é no inequívoco sentido da imputação dos fatos então descritos na denúncia ao apelante. Além do vasto material documental acostado ao feito, de se ressaltar os depoimentos das testemunhas, em especial de funcionários dos estabelecimentos em que laborou o réu à época.
3. No que se refere ao dolo do sentenciado, a reforçar que todo o conjunto probatório demonstra, sobejamente, a sua existência. A má-fé se caracteriza pelo emprego consciente e voluntário

de meio fraudulento, utilizado para induzir e manter em erro o Sistema Único de Saúde, a fim de se obter vantagem patrimonial vultosa e flagrantemente ilícita, com ressarcimento de vendas inexistentes de medicamentos.
4. Acerca da pena, vê-se que a privação de liberdade fora estabelecida dentro dos parâmetros legais e constitucionais, em respeito ao princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição da República). Inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, vez que o sentenciado não cumpre os requisitos mínimos do artigo 44 do Código Penal. Tampouco passível de deferimento fixação de regime inicial de cumprimento de pena aberto, nos moldes do artigo 33, § 2º, b, do Estatuto Repressivo.
5. Apelação desprovida *in totum*. Sentença condenatória mantida(g.n.).
[Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 59167 0002930-43.2012.4.03.6113, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/10/2015 FONTE_REPUBLICACAO: e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/01/2016].

Satisfeitas, assim, todas as elementares para o fato típico de estelionato e ausente qualquer causa de exclusão da ilicitude, enquadra-se o acusado na prática desse delito específico.

DA ABSORÇÃO DO CRIME DE INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES PELO ESTELIONATO. CONSUNÇÃO.

Antes de evoluir à etapa de dosimetria das penas aplicáveis, é de verificar que, evidentemente que esse delito de estelionato, majorado, absorve o outro, autônomo, previsto no *art. 313-A do CP*, na medida em que o crime de inserção de informações falsas perpetrado pelo réu, não revela ostentar maior potencialidade lesiva do que aquela já desvelada pelo estelionato aqui em questão, na medida em que utilizado como meio ou um desdobramento do *iter criminis* da conduta criminosa que redundou na apropriação indevida de valores pelo ora acusado, sem potencialidade residual de dano, a atrair a incidência, ao caso, da *Súmula n. 17* do *C. Superior Tribunal de Justiça*:

Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.

Nesse sentido, tem entendido a jurisprudência, conforme se vê do seguinte julgado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO QUALIFICADO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DELITOS TIPIFICADOS NOS ARTIGOS 313-A, 297 E 304, DO CÓDIGO PENAL. CRIME-MEIO. ABSORÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA.
1. Ficaram demonstradas a autoria e a materialidade de estelionato qualificado, considerando que o acusado contratou intermediário, por mais de R$ 1.000,00 (um mil reais), para obter benefício previdenciário, consciente de que não tinha tempo de serviço suficiente para tal.
2. O delito se consumou, mediante a apresentação de Carteira do Trabalho e Previdência Social - CTPS que continha registro de vínculos empregatícios inexistentes e com o concurso de servidor da autarquia previdenciária, que inseriu os dados falsos no sistema informatizado, tendo sido pagos, indevidamente, os proventos de aposentadoria, por quase 2 (dois) anos.
3. Embora a inserção de dados falsos e a modificação indevida do cadastro constituam crime autônomo, tipificado no artigo 313-A, do Código Penal, no caso concreto, apenas serviu de instrumento para a obtenção da vantagem indevida, não havendo, residualmente, a possibilidade de outros danos, devendo ser caracterizado como crime-meio.
4. Neste contexto, impõe-se o reconhecimento da absorção, a afastar a condenação, em razão da prática do delito em tela, remanescendo, tão-somente, o estelionato qualificado. Idêntico raciocínio se aplica aos crimes de falsificação de documento público e de uso do mesmo. Inteligência da Súmula nº 17, do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

> 5. A dosimetria da pena não merece reparos. Militam, como elementos desfavoráveis, a motivação, a culpabilidade mediana e as circunstâncias do crime, a autorizarem a fixação da pena-base um pouco acima do mínimo legal, em 2 (dois) anos de reclusão. A multa foi estipulada em montante adequado e proporcional à infração praticada.
> 6. Aplica-se a qualificadora do parágrafo 3º, do artigo 171, do citado Código, porque o crime foi cometido contra entidade de direito público. Não incide a atenuante do artigo 65, III, "b", do mesmo diploma, porque não houve a reparação integral do dano ao erário.
> 7. Apelações improvidas. (g.n.).
> [ACR - Apelação Criminal - 9037 2008.83.00.017649-6, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data: 17/04/2013 - Página: 353].

Reconheço, portanto, a absorção do delito de inserção de dados falsos em sistema de informações (*crime-meio*) pelo de estelionato (*crime-fim*), que desvela o intuito finalístico da conduta do acusado.

DA APLICAÇÃO E DOSIMETRIA DA PENA

Assim sendo, passo à dosimetria da pena aplicável ao crime de estelionato, na forma estabelecida pelo *art. 68 do CP*. Atendendo às diretrizes do *art. 59 do CP*, *em primeira fase da dosimetria*, verifico que o acusado é primário, e não porta maus antecedentes. *Entretanto*, entendo que deva ocorrer um ligeiro *acréscimo* em relação ao mínimo da pena-base a ser aplicada, na medida em que o estelionato de que aqui se cogita não apenas absorve um delito de inserção de dados falsos em sistema público de informações (*art. 313-A do CP*), bem como revela resultado financeiro relativamente expressivo (R$ 75.532,10). Circunstâncias que, não há dúvida, aumentam o dano produzido pelo delito, e, por óbvio, tornam a conduta delituosa potencialmente mais gravosa, a justificar uma exasperação da *pena-base*, que, por tais razões, deve ser fixada acima do mínimo-legal, em *2 (dois) anos de reclusão*.

Em segunda fase de aplicação da pena, observo que não há circunstâncias agravantes e/ ou atenuantes a serem consideradas.

Em terceira fase, atente-se para o fato de que estão presentes *duas* causas de aumento de pena, uma delas prevista na Parte Especial do Código Penal (correspondente ao § 3º do art. 171 – crime praticado contra entidade de direito público), e a outra na Parte Geral (correspondente ao art. 71 do CP – crime continuado). Nesses casos, tem entendido a jurisprudência de nossas Cortes Federais que, em terceira fase da dosimetria, as causas de aumento e de diminuição devem ser aplicadas *uma a uma*, no conhecido "*efeito cascata*", considerando-se, *em primeiro lugar*, as causas de aumento e de diminuição da Parte Especial do Código, inerentes ao tipo penal, e, *no momento subsequente*, as causas de aumento e de diminuição da Parte Geral. Nesse sentido, indico excerto de valioso precedente do *E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO*, assim ementado:

> *PROCESSUAL PENAL E PENAL: DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS EM CONCURSO MATERIAL COM O DELITO AUTÔNOMO PREVISTO NO ARTIGO 36 DA LEI 11.343/06. RECLASSIFICAÇÃO. CONDENAÇÃO NO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS NO ARTIGO 35 COMBINADO COM A CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ARTIGO 40, INCISO VII, AMBOS DA LEI DE DROGAS. EMENDATIO LIBELLI. FATOS DEVIDAMENTE NARRADOS NA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO BENÉFICA AO RÉU. DOSIMETRIA. CAUSA DE AUMENTO. EFEITO CASCATA. REGIME FECHADO MANTIDO.*
> (...)
> *XVI - Na terceira fase da dosimetria as causas de aumento e de diminuição de pena devem*

ser aplicadas uma a uma, no chamado efeito "cascata", e não somadas e depois aplicadas de uma única vez. Além disso, as causas de aumento e de diminuição da Parte Especial do Código Penal, inerentes ao tipo penal, devem ser aplicadas em primeiro lugar, ao passo que as causas de aumento e de diminuição da Parte Geral devem ser aplicadas na sequência. Nesse sentido: STJ, AgREsp 1021796, Relatora Ministra Assusete Magalhães, 6ª Turma, j. 19/03/2013, DJe 17/04/2013.
XVII - À vista do caso concreto, na terceira fase, a pena deve ser aumentada à razão de 5/8, dada a extensão e magnitude da atividade criminosa imputada ao ora apelante, tornando-se definitiva a pena de 06 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 1.516 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.
XVIII - Para determinação do regime inicial (...)(g.n.).
[Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 58943 0001106-61.2007.4.03.6004, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/05/2016].

Atento a esta orientação, verifica-se, em primeiro lugar, a presença da *causa especial* de aumento decorrente do crime cometido contra entidade de direito público ou instituto de economia popular (Fundo Nacional de Saúde), o que eleva a *pena-base* ao patamar de ⅓, previsto no *art. 171, § 3º, do CP.* Do que resulta, nesta operação, a pena privativa de liberdade de *2 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão.*

Além disso, presente a *causa geral* de aumento de pena concernente ao *crime continuado* – eis que as condutas relativas a crime de mesma espécie foram praticadas no mesmo período e no mesmo lugar e, pela forma de sua execução, devem ser havidas como continuação da primeira. Portanto, com fundamento no número de incursões na conduta vedada verificados de *abril/2013 a março/2014* (11), entendo cabível, nos termos *do art. 71 do CP*, a imposição de um aumento de pena no patamar de ⅓. Assim, a pena privativa de liberdade passa a ser de *3 anos, 6 meses e 20 dias*, que, à míngua de qualquer outra causa modificativa *torno definitiva* para o caso em apreço.

Estabeleço, com base nas mesmas diretrizes já antes mencionadas, *pena de multa* no importe de *260 (duzentos e sessenta) dias-multa*, cujo valor arbitro em *1/30* (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos monetariamente pelos índices oficiais até o pagamento.

Estabeleço, para *início* de cumprimento o *regime aberto*, nos termos do *art. 33, § 2º, "c" do CP.*

DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS

Por outro lado, considerando as condutas praticadas, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, nos termos do disposto no *art. 44, II e III, do CP*, considero viável a substituição da pena privativa de liberdade aplicada ao réu pelas seguintes, restritivas de direitos:

1º) PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE OU A ENTIDADES PÚBLICAS, nos termos do art. 46 do CP, podendo o apenado optar pelo cumprimento em período equivalente à metade da pena privativa de liberdade a ser substituída, em condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais, principalmente quanto à entidade para a prestação de serviços (arts. 46, § 4º e 55, ambos do CP);

2º) PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA, prevista no art. 45, §§ 1º e 2º, do CP, que estabeleço em *05 (cinco) salários mínimos*, a ser atualizado monetariamente até o recolhimento, a ser

destinada à *UNIÃO FEDERAL*.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a presente ação penal, e o faço para CONDENAR o acusado RODRIGO ALMEIDA BARROS, já devidamente qualificado nos autos, como incurso nas sanções do art. 171, § 3º, c.c. art. 71, do CP, aplicando-lhe a pena privativa de liberdade no total de 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, estabelecido regime aberto para início de execução, e multa pecuniária no importe de 260 dias-multa, fixando o valor unitário mínimo (1/30 - um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato). SUBSTITUO a pena restritiva de liberdade aqui aplicada pelas restritivas de direitos, consoante disposto no corpo da fundamentação desta sentença.

A pena pecuniária ora estabelecida deverá ter o seu valor atualizado monetariamente, de acordo com o Manual de Cálculos aprovado pela Justiça Federal da 3ª Região, desde a data da ocorrência do fato (teoria da atividade) até a data da efetiva liquidação do débito.

Arcará o réu com as custas.

Com o trânsito, lance-se o nome do sentenciado no ról dos culpados.

Ciência ao Ministério Público Federal.

P.R.I.

Botucatu, __ de setembro de 2018.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

PROCEDIMENTO COMUM
5000447-55.2017.4.03.6120

Autora: ANA LÚCIA DE SALES TEODORO SILVA
Réus: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, BANCO DO BRASIL S.A, BANCO SANTANDER S.A.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/05/2018

I - RELATÓRIO

Trata-se de ação proposta por ANA LÚCIA DE SALES TEODORO SILVA contra CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, BANCO SANTANDER S/A e BANCO DO BRASIL por meio da qual a autora busca o redimensionamento de empréstimos contraídos junto aos réus. Em resumo, a inicial narra que a autora é funcionária pública municipal e que nessa condição recebeu, durante anos, gratificação por tempo de serviço. Contudo, de inopino esse adicional foi cortado, o que reduziu de forma substancial os rendimentos da autora. Tal fato repercutiu na relação entre seus proventos e os empréstimos que contratara com as rés. Em razão desse quadro, pede que os contratos sejam revistos para que, no conjunto, o valor das prestações não comprometa mais do que 30% de sua renda.

Em sua defesa, a Caixa Econômica Federal (Id. 3499501) sustentou que a autora é carecedora de ação, uma vez que no momento da concessão dos empréstimos havia disponibilidade na margem consignável. Alegou também a necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário com o Município de Taquaritinga, na condição de convenente. No mérito, defendeu que concedeu os empréstimos "... observando rigorosamente todos os critérios legais e normativos". Salientou que os empréstimos foram concedidos de acordo com as informações do empregador, respeitado o limite de 30% da remuneração.

O Banco Santander S/A (Id. 3608805) sustentou que os contratos foram contratados por livre manifestação das partes, sendo que não há razão para alterar os termos convencionados.

Por sua vez, o Banco do Brasil (Id. 3829516) começou sua defesa impugnando a concessão da AJG à autora, bem como arguiu preliminar de inépcia da inicial, fundada na alegação de falta de clareza e objetividade da inicial. No mérito, assim como as corrés, defendeu o cumprimento dos contratos nos termos em que celebrados. Defendeu que a responsabilidade pela limitação dos descontos incidentes sobre o salário recai sobre a fonte pagadora, que fornece ao banco o cálculo da margem consignável. Além disso, a margem consignável dos agentes estatutários no Estado de São Paulo é de 50%, não se aplicando as disposições da Lei 10.820/03.

É a síntese do necessário.

II – FUNDAMENTAÇÃO

De largada, rejeito as preliminares articuladas pelos réus.

O pedido da autora é de revisão dos empréstimos contraídos sob o fundamento de que atualmente as prestações consomem mais de 30% de sua renda líquida. Logo, é indiferente para o exame da viabilidade da pretensão o fato de que, ao tempo da contratação, a margem disponível autorizava as consignações. Dito de outra forma, a autora não ataca a concessão dos empréstimos, mas sim a evolução dos contratos. De resto, entendo que a inicial e os documentos que a acompanham permitem a compreensão do pedido.

Desnecessária a inclusão do empregador da autora no polo passivo. Conforme mencionado há pouco, a causa de pedir da pretensão de revisão está em modificações do panorama fático ocorridas após a contratação dos empréstimos, de modo que irrelevante a conduta do empregador quando da autorização para a celebração dos contratos. Caso seja determinado algum ajuste nos descontos, basta que o empregador seja notificado a respeito das alterações dos contratos.

Por fim, a impugnação à assistência judiciária gratuita formulada pelo Banco do Brasil não está acompanhada de dado concreto que infirme a declaração de hipossuficiência firmada pela autora. De mais a mais, a impugnação contrasta com os diversos elementos que sinalizam que a situação financeira da autora é desfavorável, para não dizer dramática.

Superadas as prefaciais, passo ao exame da matéria de fundo.

Embora seja servidora pública vinculada a regime estatutário, não há notícia de lei específica do Município de Taquaritinga regulamentando a consignação em pagamento, tampouco foram apresentados os convênios firmados entre o Município e os bancos. Porém, é certo que os empréstimos da autora não se sujeitam ao regramento dos servidores do Estado de São Paulo, conforme aventado pelo réu Banco do Brasil.

Pelo que se depreende dos contratos e das autorizações para consignação em folha emitidas pelo empregador da autora (Ex. ID. 3743365, p. 13), os empréstimos seguiram as regras da Lei 10.820/2003. Essa norma limita a consignação em folha de pagamento a 30% da remuneração disponível, entendida tal como os vencimentos, subsídios, soldos, salários ou remunerações, descontadas as consignações compulsórias.

No caso dos autos, a autora alega que sua remuneração bruta correspondia a R$ 8.400,00, o que lhe permitiu a contratação de quatro empréstimos consignados junto à Caixa Econômica Federal (três contratos) e Banco Santander (um contrato) cujas prestações somavam R$ 1.881,64, dentro da margem consignável de 30%. Fora isso, a autora contratou junto ao Banco do Brasil três empréstimos na modalidade de crédito direto ao consumidor, cujas prestações somam R$ 1.973,12 e um financiamento de veículo no valor de R$ 834,81 ao mês.

Sucede que em janeiro de 2017 o Município de Taquaritinga, observando decisão judicial, suspendeu o pagamento de gratificação incorporada ao salário de cerca de seiscentos servidores, dentre os quais a autora. Tal fato, somado à diminuição no pagamento de horas extras, diárias, adicional noturno e abono salarial, reduziu a renda da autora para menos da metade (de R$ 8.400,00 para R$ 3.900,00), tornando inviável o pagamento das obrigações contraídas. Em razão disso, pugna pelo redimensionamento das dívidas, de modo que as prestações de todas as obrigações não supere 30% da renda disponível (R$ 2.797,59), o equivalente a R$ 839,27.

Pois bem.

A autora apresentou três contracheques. No primeiro, referente ao mês de dezembro de 2016 (Id. 1175163 p. 1-2), a remuneração bruta, descontado o adicional de férias, correspondia a R$ 8.409,06. Subtraídas as consignações obrigatórias (imposto de renda retido na fonte e contribuição previdenciária), a renda disponível era de R$ 6.265,62, o que assegurava uma margem consignável de R$ 1.886,79. Por aí se vê que em dezembro de 2016 a margem consignável da autora estava totalmente comprometida pelos quatro empréstimos que gravavam sua folha de salários, isso sem levar em consideração as demais obrigações financeiras, como os empréstimos na modalidade CDC e o financiamento de veículo.

Em fevereiro a renda bruta caiu para R$ 3.907,52 e a disponível para R$ 3.366,95. Em parte essa drástica diminuição se explica pela suspensão da gratificação até então incorporada (rubrica Grat. Incorporada Art. 67 Lei 4.314_2016), que na folha de dezembro de 2016 corres-

pondia a R$ 1.183,60 (14% da renda bruta). Porém, a maior diferença se explica na redução do pagamento de vários adicionais variáveis, tais como horas-extras e diárias.

A inicial veio acompanhada de apenas dois contracheques, base insuficiente para apurar a dimensão da redução da renda da autora por outros fatores que não a suspensão da gratificação incorporada. No entanto, considerando que o holerite de dezembro de 2016 veio acompanhado do adicional de férias, é de se presumir que a autora gozou férias em janeiro de 2017, o que explica a diminuição temporária dos adicionais relacionados ao efetivo exercício laboral, tais como horas-extras e o pagamento de diárias.

Por aí se vê que embora a autora credite a raiz de seus problemas à suspensão da gratificação incorporada, os elementos disponíveis mostram que o impacto desse fato nas finanças da autora não teve a dimensão que se lhe busca atribuir. Diferentemente do que afirmado na inicial e repetido em outras manifestações da autora, a suspensão da gratificação não resultou na diminuição de seus rendimentos pela metade, mas sim em percentual bem mais modesto, algo entre 17% a 25%. (Embora o impacto seja significativamente menor do que o apontado na inicial, não se trata de uma redução irrelevante, longe disso. No geral, não temos a cultura de formar poupança, de modo que o natural é o salário ser integralmente absorvido pelo orçamento doméstico. Diante desse panorama, qualquer redução nos vencimentos impacta o pagamento das obrigações).

Tanto é assim que no contracheque de junho de 2017(Id. 2153623) a remuneração bruta da autora foi de R$ 6.390,26, valor próximo do vencimento anterior à suspensão da gratificação incorporada. A renda disponível naquele mês era de R$ 5.052,49, o que informavam uma margem consignável de R$ 1.515,74. Considerando que esse é o contracheque mais recente anexado ao processo, tomarei tal documento como parâmetro para o exame do pedido de redimensionamento dos contratos.

A essa altura, há duas questões que devem ser superadas. A primeira consiste estabelecer quais obrigações estão compreendidas no limite de 30% da renda disponível, se todos os empréstimos e financiamentos ou se apenas aqueles contratados na modalidade de consignação em folha. E a segunda passa por definir se a alteração da renda disponível do tomador do empréstimo autoriza a revisão dos contratos.

Quanto à primeira questão, entendo que o limite de 30% de comprometimento da renda disponível diz respeito apenas aos empréstimos contratados por meio de consignação em folha. O objetivo da norma é assegurar que o trabalhador tenha acesso a parcela substancial de seu salário, o que se faz pela imposição de um freio aos descontos compulsórios incidentes sobre a remuneração. Entretanto, uma vez creditados cabe ao beneficiário empregar os recursos da maneira que entender mais conveniente e segundo suas necessidades, inclusive para o pagamento de empréstimos não consignados em folha. Tais operações são contratadas segundo livre negociação das partes, ambas cientes dos riscos envolvidos no negócio.

Considerando que na generalidade dos casos o patrimônio em moeda sonante é fruto do trabalho de seu titular, se a limitação de comprometimento do salário fosse aplicada a todas as modalidades de mútuo a contratação de empréstimos fora da modalidade de consignação em folha de pagamento seria inexequível. Prova disso é que todos os mútuos contraídos pela autora fora do regime da consignação já superavam o limite de 30% da renda disponível, uma vez que a margem consignável estava exaurida por quatro empréstimos.

Nessa ordem de ideias, não é exagero afirmar que o pedido de limitação global de prestações de empréstimos a 30% da renda disponível ofende o princípio da boa-fé objetiva, mais precisamente do corolário de vedação do comportamento contraditório (venire contra factum

proprium). Sim, pois a autora voluntariamente contratou empréstimos que extrapolavam 30% de sua renda, para só depois requerer a obediência ao limite de comprometimento. E note-se que os empréstimos da autora já superavam 30% de seu rendimento no tempo em que recebia a gratificação que depois acabou suspensa; — em dezembro a renda disponível da autora era de R$ 6.265,62 (margem consignável de R$ 1.886,79), ao passo que as prestações dos oito empréstimos (quatro consignados, três CDCs e um financiamento) somavam R$ 3.854,76.

Em suma, concluo que a contratação de outras obrigações que não são garantidas pela consignação em folha de pagamento não estão sujeitas ao limite de comprometimento.

A partir dessa conclusão já se pode afirmar que em relação ao Banco do Brasil o feito deve ser julgado improcedente. É que a autora não possui empréstimos consignados em relação ao Banco do Brasil, mas sim mútuos na modalidade de crédito direto ao consumidor (CDC) e um financiamento de veículo.

Quanto ao segundo tópico, entendo que a resposta é positiva. A limitação da margem consignável a 30% dos rendimentos disponíveis é comando impositivo estabelecido por lei. Logo, caso verificada a diminuição de rendimentos ocasionada por circunstância imprevisível e involuntária, os empréstimos devem ser redimensionados, de modo que as prestações se reenquadrem no percentual máximo de comprometimento da renda.

Claro que a diminuição do valor da prestação tem por consequência inevitável a dilação do prazo para pagamento, uma vez que o credor tem o direito de receber o capital que emprestou, remunerado pela taxa de juros convencionada. No presente caso, esse ajuste é necessário, pois as prestações de empréstimos consignados que gravam o contracheque da autora superam 30% da renda disponível.

Conforme já referido, a renda disponível em junho de 2017 (último holerite apresentado) corresponde a R$ 5.052,49. Esse é o produto da soma de todos os rendimentos (R$ 6.390,26) subtraída das consignações compulsórias, que no caso da autora correspondem ao imposto de renda (R$ 717,35) e contribuição previdenciária (R$ 620,42). Nesse caso, a margem consignável é de R$ 1.515,75. Porém, as parcelas dos empréstimos consignados que gravam o contracheque da autora somam R$ 1.881,64, ou seja, R$ 365,89 acima do limite de 30%. Sendo assim, as parcelas devem ser diminuídas, a fim de se adequar aos rendimentos atuais da demandante.

Tendo em vista que quatro empréstimos consignados gravam o contracheque da autora, contraídos junto a dois bancos, o melhor caminho é a redução proporcional das parcelas, ajuste que repercutirá no prazo de pagamento. O deságio a ser aplicado é de 19,45%, conforme tabela abaixo:

Instituição	*Valor original*	*Valor ajustado*
CAIXA	R$ 210,21	R$ 169,32
CAIXA	R$ 355,65	R$ 286,48
CAIXA	R$ 824,53	R$ 664,16
SANTANDER	R$ 491,25	R$ 395,70
TOTAL	R$ 1.881,64	R$ 1.515,66

Embora o parâmetro para a revisão do valor das prestações seja junho de 2017, entendo que o ajuste das parcelas deve ter efeito prospectivo. As prestações até aqui adimplidas eram

efetivamente devidas pela autora e já se incorporaram ao patrimônio dos respectivos credores, resultando na diminuição do saldo devedor e no número de parcelas futuras. Além disso, os credores não concorreram para a diminuição da margem consignável da autora e sequer consta que tenham tomado conhecimento desse fato antes da citação.

Contudo, a fim de conferir efeitos práticos à decisão, anteciparei os efeitos da tutela, a fim de que as alterações determinadas nesta sentença sejam implantadas o quanto antes.

Os extratos de movimentação da conta da autora anexados ao processo (Id. 3829548) revelam que seu salário é creditado entre o primeiro e o quinto dia útil do mês. Logo, não há tempo hábil para a revisão das prestações no mês de maio, de modo que o termo inicial da tutela antecipada será a folha de pagamento creditada em junho. *Caso a autora entenda que a antecipação dos efeitos da tutela nos termos em que determinada não atende aos seus interesses (porque implicará na prorrogação dos contratos), deverá pedir a revogação da medida em até 15 dias, sem prejuízo da interposição de apelação.*

Tudo somado, o feito deve ser julgado procedente em parte.

III — DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo *PROCEDENTE EM PARTE* o pedido, extinguindo o feito com resolução de mérito (art. 487, I do CPC), para o fim de determinar aos réus Caixa Econômica Federal e Banco Santander que, a partir de junho de 2018, ajustem os contratos de empréstimo que gravam o contracheque da autora, de modo que as prestações sejam alteradas conforme o quadro que segue:

Instituição	*Valor original*	*Valor ajustado*
CAIXA	R$ 210,21	R$ 169,32
CAIXA	R$ 355,65	R$ 286,48
CAIXA	R$ 824,53	R$ 664,16
SANTANDER	R$ 491,25	R$ 395,70
TOTAL	R$ 1.881,64	R$ 1.515,66

Em razão da alteração das parcelas, ficam os réus autorizados a prorrogar os contratos segundo o prazo necessário para a liquidação dos saldos devedores, mantidas os mesmos encargos originariamente estipulados.

Antecipo os efeitos da tutela para determinar que os réus Caixa Econômica Federal e Banco Santander ajustem os contratos a partir da folha de pagamento de junho de 2018. Oficie-se ao Município de Taquaritinga (Divisão Técnica de Recursos Humanos) para que tome ciência da parte da sentença que antecipou os efeitos da tutela e providencie o necessário para seu cumprimento, naquilo que estiver compreendido em sua margem de atuação.

Embora subentendido no acolhimento parcial do pedido, explicito que julgo a ação *IMPROCEDENTE* em relação ao Banco do Brasil S/A.

Quanto aos honorários, observo que o caso guarda peculiaridades que recomendam temperamento no arbitramento da sucumbência. Considerando que o acolhimento parcial do pedido não exonerou a autora do pagamento dos empréstimos (nem era essa a pretensão), mas apenas determinou condições mais favoráveis ao pagamento, entendo que o saldo devedor das

obrigações e o valor atribuído à causa não são parâmetro para o arbitramento dos honorários, que devem ser fixados segundo os critérios do § 8º do art. 85 do CPC.

Assim, condeno a autora ao pagamento das custas de honorário de advogado, os quais fixo em R$ 1.000,00 para cada réu Contudo, fica suspensa a exigibilidade das custas enquanto persistirem as condições que ensejaram a concessão da AJG.

Condeno a Caixa Econômica Federal e o Banco Santander ao pagamento de honorários à autora no valor de R$ 800,00, sendo R$ 600,00 pela ré CAIXA e R$ 200,00 pelo Banco Santander; — esse rateio leva em conta o valor das parcelas que toca a cada réu.

Caso interposto recurso, intime-se a parte contrária para contrarrazões e encaminhe-se o processo ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Araraquara, 24 de abril de 2018.

Juiz Federal MÁRCIO CRISTIANO EBERT

MANDADO DE SEGURANÇA
5002361-59.2018.4.03.6108

Impetrante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Impetrados: DELEGADA CHEFE DA POLÍCIA FEDERAL DE BAURU E UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BAURU - SP
Juiz Federal: DANILO GUERREIRO DE MORAES
Disponibilidade da Sentença: INTIMAÇÃO 14/09/2018

Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado pelo Ministério Público Federal contra comportamento omissivo imputado à delegada-chefe da Delegacia de Polícia Federal de Bauru, consistente na recusa à prestação de informações administrativo-operacionais reputadas indispensáveis à ultimação de procedimento de controle externo da atividade policial.

Em abono à postulação, o impetrante referiu que, para cumprir prescrições constitucionais, legais e regulamentares a que se acha jungido – notadamente a Resolução nº 20/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público, assim como em recomendações intestinas, emanadas de sua Sétima Câmara de Coordenação e Revisão –, instaurou o procedimento administrativo nº 1.34.003.000246/2018-55, preposto a documentar a sequência itinerária de atos em que desdobrada a atividade de controle externo da atividade policial a ser desenvolvida na Delegacia de Polícia Federal de Bauru.

Disse que conferiu ampla publicidade à deflagração do propalado expediente administrativo, com notificação pessoal do superintendente regional do Departamento de Polícia Federal no Estado de São Paulo, dos representantes da magistratura federal e estadual, do Ministério Público estadual e da Ordem dos Advogados do Brasil.

Asseverou que, em data aprazada, procuradores da República lotados e em exercício na Procuradoria da República no Município de Bauru compareceram à unidade policial destinatária do controle externo, para inspeção *in loco*, no que foram recepcionados e acompanhados pela autoridade coatora e dois de seus subalternos.

Vocalizou que diversas informações indispensáveis à validação e finalização dos relatórios exigidos pelo Conselho Nacional do Ministério Público foram sonegadas sob o fundamento de se tratar de dados sigilosos e sensíveis ao desempenho das atividades policiais federais. Declinou que, em virtude dessas recusas, não foi possível ultimar o procedimento administrativo no sítio eletrônico do aludido órgão nacional de controle administrativo e financeiro do *parquet*.

Noticiou a expedição de ofício requisitório tendente à obtenção das informações remanescentes, endereçado à autoridade coatora, a qual, todavia, solicitou a intercessão da Corregedoria Regional da Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Estado de São Paulo.

Por fim, aduziu que, arrimada em atos administrativos normativos e enunciativos – Parecer nº 143/2015, do Serviço de Estudos, Legislação e Pareceres da Corregedoria Geral do Departamento de Polícia Federal; Despacho nº 4.300/2016, da Divisão de Correições Judiciárias e Inspeções da Corregedoria Geral do Departamento de Polícia Federal; Memorando-Circular nº 14/2017, da Corregedoria Regional da Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Estado de São Paulo; Resolução nº 1/2016, do Conselho Superior de Polícia do Departamento de Polícia Federal –, a autoridade coatora se manteve deliberadamente inerte.

Obtemperou que o comportamento comissivo da autoridade coatora é lesivo ao seu direito líquido e certo, de estatura constitucional, à obtenção de todos os elementos indispensáveis ao controle externo da atividade policial, ainda que tangentes a atividades intermediárias do órgão inspecionado.

Reportou-se ao art. 129, VII, da Constituição Federal; aos arts. 2º, 3º e 9º da Lei Complementar nº 75/1993 – Lei Orgânica do Ministério Público da União; à Resolução nº 20/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público, inclusive à respectiva compatibilidade vertical; bem assim à iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, assecuratória de amplo acesso, pelo *parquet* federal, a informações de cunho administrativo-operacional, indispensáveis ao controle externo da atividade policial.

Requereu a concessão de medida liminar que lhe garanta acesso imediato às informações sonegadas. Derradeiramente, postulou a confirmação da tutela provisória e a concessão da segurança.

A petição inicial (fls. 3-25) veio instruída com cópia integral dos autos do procedimento administrativo nº 1.34.003.000246/2018-55, que tramitou perante a Procuradoria da República no Município de Bauru (fls. 26-217).

Em despacho inaugural, este juízo federal postergou a apreciação do requerimento de tutela provisória para momento subsequente à vinda das informações, bem assim ordenou a intimação da pessoa política a que a autoridade coatora de acha funcionalmente vinculada (fl. 220).

A União requereu admissão no feito e intimação de todos os atos e termos processuais vindouros (fl. 223).

Notificada, a autoridade coatora prestou informações. Inicialmente, realizou sucinto escorço da realidade fática debruçada no processo. Na sequência, sustentou a legalidade da recusa ao fornecimento dos dados vindicados pelo órgão ministerial, sob o argumento de que agiu segundo diretrizes vinculantes de seus órgãos correcionais.

As informações (fls. 228-232) se fizeram acompanhar de documentos já acostados aos autos por ocasião da impetração (fls. 233-297).

É o relatório.

Fundamento e decido.

Nos termos do art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009, será cabível medida liminar em mandado de segurança "quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica".

Em outras palavras, defere-se a tutela de urgência na ação mandamental quando presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Cumpre, então, perquirir se tais requisitos estão presentes no caso concreto ora *sub judice*.

Duas são as questões controvertidas nesta sede processual: a) a amplitude das prerrogativas conferidas ao Ministério Público Federal no exercício do controle externo da atividade policial; b) a legalidade de atos administrativos normativos e enunciativos restritivos das prerrogativas do *parquet* federal nas províncias do controle externo da atividade policial (*rectius*, Parecer nº 143/2015, do Serviço de Estudos, Legislação e Pareceres da Corregedoria Geral do Departamento de Polícia Federal; Despacho nº 4.300/2016, da Divisão de Correições Judiciárias e Inspeções da Corregedoria Geral do Departamento de Polícia Federal; Memorando-Circular

nº 14/2017, da Corregedoria Regional da Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Estado de São Paulo; Resolução nº 1/2016, do Conselho Superior de Polícia do Departamento de Polícia Federal).

Passo a examiná-las.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 – propiciatória da transição de um regime político excepcional e autoritário para uma democracia constitucional, fundamentada na centralidade dos direitos fundamentais –, o exercício das funções legislativas, administrativas e jurisdicionais experimentou auspiciosa inversão de perspectivas. Em consequência desse novo arranjo institucional, a autoridade deu lugar à liberdade; por sua vez, a opacidade se fletiu à transparência e à publicidade das declarações volitivas estatais.

Outrora centrado no exercício abusivo e imoderado de "poderes" arbitrários, ancilares à satisfação de um "interesse geral" sob cujo signo se perpetuaram as mais draconianas e abjetas práticas, de prescindível enunciação, o Estado – coetaneamente adjetivado de constitucional, social, democrático e de direito –, se resignou à condição de exercente de "função", isto é, de atividade jurídica ou material preposta a satisfazer necessidades de terceiros determinados ou não, com rígida submissão a um extenso catálogo de liberdades individuais, coletivas, sociais e econômicas.

Nesse novel contexto, a transparência e a publicidade adquiriram importância invulgar, visto que foram erigidas à categoria de princípios constitucionais governantes das atividades estatais, isto é, mandamentos de otimização oponíveis a quaisquer encarregados do exercício de funções públicas.

Nos domínios administrativos, a publicidade foi elevada ao nível de princípio constitucional (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), excepcionável apenas quando necessário à salvaguarda da intimidade e da vida privada das pessoas, ou ainda à defesa da sociedade e do Estado (art. 5º, X e XXXIII, da Constituição Federal).

Deveras, segundo a literalidade constitucional, "todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado" (art. 5º, XXXIII – destaquei).

Mas não só isso.

Para além de proclamar direito público subjetivo individual à obtenção de informação de órgãos públicos, o constituinte ordenou a instituição de "formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta", mediante "o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII" (art. 37, § 3º, II, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). Referida previsão constitucional – plasmada em norma de eficácia limitada e aplicabilidade diferida –, foi regulamentada pela Lei nº 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação, restritiva de acesso a informações classificadas como ultrassecretas, secretas e reservadas (arts. 23 e seguintes).

Para o exercício individual do direito constitucional à publicidade e à transparência dos atos estatais, o constituinte e o legislador ordinário franquearam o acesso dos interessados a instrumentos administrativos e judiciais (direitos fundamentais de caráter processual), a exemplo da petição e da representação aos poderes públicos, dos recursos hierárquicos próprios e impróprios, do mandado de segurança, do *habeas data*, do mandado de injunção, do *habeas corpus* etc. Tudo isso sem prejuízo do instrumental adjetivo ordinário, consagrado em diplomas processuais civis e penais.

Ademais, em atenção à assimétrica realidade brasileira – em que avultam vulnerabilidades das mais distintas naturezas (técnicas, econômicas, jurídicas, informacionais etc.), impedientes ou restritivas da ação individual –, com o desiderato de fortalecer a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da Constituição Federal), o poder constituinte originário promoveu um radical e acertado redesenho institucional do Ministério Público, dotando-o da condição jurídico-institucional de advogado da sociedade.

Presente esse novo contexto, ao *parquet* foram confiadas a titularidade privativa da ação penal de iniciativa pública, a tutela de interesses metaindividuais com projeção social e, no que interessa ao presente caso, o controle externo da atividade policial, na forma de leis complementares (art. 129, I a IX, da Constituição Federal, com ênfase para o disposto no inciso VII).

As atividades de consultoria jurídica do Poder Executivo e de representação judicial e extrajudicial das entidades políticas e administrativas foram outorgadas, com absoluta exclusividade às Advocacias Públicas, vedada a atuação ministerial pública nessas províncias (arts. 129, IX, parte final, 131 e 132 da Constituição Federal).

Eis que foram publicadas a Lei nº 8.625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, voltada à instituição de diretrizes organizacionais gerais do *parquet* estadual, e a Lei Complementar nº 75/1993 – Lei Orgânica do Ministério Público da União, condutora da ação dos Ministérios Públicos Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e Territórios.

No âmbito da União, o delineamento normativo primário do controle externo da atividade policial veio expresso nos arts. 9º e 10 da Lei Complementar nº 75/1993.

Na dicção do primeiro dos dispositivos legais acima referidos (art. 9º da Lei Complementar nº 75/1993), "o Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo: I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais; II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial; III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder; IV - requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial; V - promover a ação penal por abuso de poder" (destaquei).

O segundo, reproduzindo previsão do art. 67 da Lei nº 5.010/1966 – Lei Orgânica da Justiça Federal, proclamou que "a prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, deverá ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão".

Em busca do aperfeiçoamento institucional do Ministério Público brasileiro, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 20/2007, preordenada a "manter a regularidade e a adequação dos procedimentos empregados na execução da atividade policial, bem como a integração das funções do Ministério Público e das Polícias voltada para a persecução penal e o interesse público"; como vetores de atuação, foram eleitos: "I – o respeito aos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal e nas leis; II – a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público; III – a prevenção da criminalidade; IV – a finalidade, a celeridade, o aperfeiçoamento e a indisponibilidade da persecução penal; V – a prevenção ou a correção de irregularidades, ilegalidades ou de abuso de poder relacionados à atividade de investigação criminal; VI – a superação de falhas na produção probatória, inclusive técnicas, para fins de investigação criminal; VII – a probidade

administrativa no exercício da atividade policial" (art. 2º).

De par com o controle difuso executável pelo "promotor natural" da persecução penal concretamente considerada, a Resolução nº 20/2007 previu o controle concentrado, sob a responsabilidade de membros do Ministério Público com atribuições específicas para o controle externo da atividade policial (art. 3º).

No rol dos organismos policiais submissos ao controle ministerial foram incluídos aqueles "relacionados no art. 144 da Constituição Federal, bem como as polícias legislativas ou qualquer outro órgão ou instituição, civil ou militar, à qual seja atribuída parcela de poder de polícia, relacionada com a segurança pública e persecução criminal" (art. 1º).

As funções institucionais do Ministério Público no desempenho do controle externo da atividade policial e as prerrogativas instrumentais a seu exercício foram consagradas nos arts. 4º e 5º do aludido ato administrativo normativo, adiante transcritos:

> Art. 4º Incumbe aos órgãos do Ministério Público, quando do exercício ou do resultado da atividade de controle externo:
> I – realizar visitas ordinárias periódicas e, quando necessárias, a qualquer tempo, visitas extraordinárias, em repartições policiais, civis e militares, órgãos de perícia técnica e aquartelamentos militares existentes em sua área de atribuição;
> I – realizar visitas ordinárias nos meses de abril ou maio e outubro ou novembro e, quando necessárias, a qualquer tempo, visitas extraordinárias, em repartições policiais, civis e militares, órgãos de perícia técnica e aquartelamentos militares existentes em sua área de atribuição; (Redação dada pela Resolução nº 121, de 10 de março de 2015)
> II – examinar, em quaisquer dos órgãos referidos no inciso anterior, autos de inquérito policial, inquérito policial militar, autos de prisão em flagrante ou qualquer outro expediente ou documento de natureza persecutória penal, ainda que conclusos à autoridade, deles podendo extrair cópia ou tomar apontamentos, fiscalizando seu andamento e regularidade;
> III – *fiscalizar a destinação de* armas, valores, substâncias entorpecentes, *veículos* e objetos apreendidos;
> IV – fiscalizar o cumprimento dos mandados de prisão, das requisições e demais medidas determinadas pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, inclusive no que se refere aos prazos;
> V – verificar as cópias dos boletins de ocorrência ou sindicâncias que não geraram instauração de Inquérito Policial e a motivação do despacho da autoridade policial, podendo requisitar a instauração do inquérito, se julgar necessário;
> VI – comunicar à autoridade responsável pela repartição ou unidade militar, bem como à respectiva corregedoria ou autoridade superior, para as devidas providências, no caso de constatação de irregularidades no trato de questões relativas à atividade de investigação penal que importem em falta funcional ou disciplinar;
> VII – solicitar, se necessária, a prestação de auxílio ou colaboração das corregedorias dos órgãos policiais, para fins de cumprimento do controle externo;
> VIII – fiscalizar cumprimento das medidas de quebra de sigilo de comunicações, na forma da lei, inclusive através do órgão responsável pela execução da medida;
> IX – expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços policiais, bem como o respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa seja de responsabilidade do Ministério Público, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.
> § 1º Incumbe, ainda, aos órgãos do Ministério Público, havendo fundada necessidade e conveniência, instaurar procedimento investigatório referente a ilícito penal ocorrido no exercício da atividade policial.
> § 2º *O Ministério Público poderá instaurar procedimento administrativo visando sanar as deficiências ou irregularidades detectadas no exercício do controle externo da atividade*

policial, bem como apurar as responsabilidades decorrentes do descumprimento injustificado das requisições pertinentes.
§ 3º Decorrendo do exercício de controle externo repercussão do fato na área cível, incumbe ao órgão do Ministério Público encaminhar cópias dos documentos ou peças de que dispõe ao órgão da instituição com atribuição para a instauração de inquérito civil público ou ajuizamento de ação civil por improbidade administrativa.
§ 3º Decorrendo do exercício de controle externo repercussão do fato na área cível e, desde que não possua o órgão do Ministério Público encarregado desse controle atribuição também para a instauração de inquérito civil público ou ajuizamento de ação civil por improbidade administrativa, incumbe a este encaminhar cópias dos documentos ou peças de que dispõe ao órgão da instituição com a referida atribuição. (Redação dada pela Resolução nº 65, de 26 de janeiro de 2011)
Art. 5º Aos órgãos do Ministério Público, no exercício das funções de controle externo da atividade policial, caberá:
I – ter livre ingresso em estabelecimentos ou unidades policiais, civis ou aquartelamentos militares, bem como casas prisionais, cadeias públicas ou quaisquer outros estabelecimentos onde se encontrem pessoas custodiadas, detidas ou presas, a qualquer título, sem prejuízo das atribuições previstas na Lei de Execução Penal que forem afetadas a outros membros do Ministério Público;
II – *ter acesso a quaisquer documentos, informatizados ou não, relativos à atividade-fim policial civil e militar, incluindo as de polícia técnica desempenhadas por outros órgãos*, em especial:
a) ao registro de mandados de prisão;
b) ao registro de fianças;
c) *ao registro de* armas, valores, substâncias entorpecentes, veículos e outros objetos apreendidos;
d) ao registro de ocorrências policiais, representações de ofendidos e *notitia criminis*;
e) ao registro de inquéritos policiais;
f) ao registro de termos circunstanciados;
g) ao registro de cartas precatórias;
h) ao registro de diligências requisitadas pelo Ministério Público ou pela autoridade judicial;
i) aos registros e guias de encaminhamento de documentos ou objetos à perícia;
j) aos registros de autorizações judiciais para quebra de sigilo fiscal, bancário e de comunicações;
l) aos relatórios e soluções de sindicâncias findas.
III – acompanhar, quando necessária ou solicitada, a condução da investigação policial civil ou militar;
IV – requisitar à autoridade competente a instauração de inquérito policial ou inquérito policial militar sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial, ressalvada a hipótese em que os elementos colhidos sejam suficientes ao ajuizamento de ação penal;
V – requisitar informações, a serem prestadas pela autoridade, acerca de inquérito policial não concluído no prazo legal, bem assim requisitar sua imediata remessa ao Ministério Público ou Poder Judiciário, no estado em que se encontre;
VI – receber representação ou petição de qualquer pessoa ou entidade, por desrespeito aos direitos assegurados na Constituição Federal e nas leis, relacionados com o exercício da atividade policial;
VII – ter acesso ao preso, em qualquer momento;
VIII – ter acesso aos relatórios e laudos periciais, ainda que provisórios, incluindo documentos e objetos sujeitos à perícia, guardando, quanto ao conteúdo de documentos, o sigilo legal ou judicial que lhes sejam atribuídos, ou quando necessário à salvaguarda do procedimento investigatório.

Presente esse panorama normativo, bem assim considerando a compatibilidade vertical das regras expedidas pelo Conselho Nacional do Ministério Público (conforme orientação esposada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, de relatoria do ministro Carlos Britto) – visto que conformes ao paradigma constitucional e legal –, o controle externo da atividade policial pelos órgãos do Ministério Público deve estar voltado para a atividade-fim dos organismos policiais fiscalizados. E por atividades-fim devem ser compreendidas aquelas desenvolvidas no contexto da polícia investigativa ou da polícia judiciária (art. 9º, *caput*, da Lei Complementar nº 75/1993 e art. 1º da Resolução nº 20/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público).

No desempenho de semelhante mister constitucional, é imperioso que o Ministério Público tenha acesso irrestrito às dependências das unidades policiais, inclusive para o fim de vistoriar equipamentos empenhados nas atividades de polícia investigativa ou judiciária (*verbi gratia* armas, munições, material bélico em geral, veículos, instalações para a custódia de pessoas presas e coisas apreendidas etc.). Sem prejuízo, cumpre lhe assegurar incondicional acesso a autos de inquéritos policiais e procedimentos penais diversos, em curso ou findos, destinados à documentação dos atos investigatórios policiais ou das medidas cautelares penais (pessoais ou probatórias) cuja execução seja incumbência da autoridade policial.

Para que sejam válidas e conformadas à Constituição, restrições às propaladas prerrogativas ministeriais devem estar amparadas nas exceções constitucionais à publicidade e à transparência da ação administrativa, quais a salvaguarda da privacidade e da intimidade pessoal, bem assim a segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, X e XXXIII, da Constituição Federal).

Adicionalmente, na eventualidade de conflito entre valores constitucionalmente garantidos – a exemplo dos verificados entre a ordinária publicidade e a transparência dos negócios públicos ou a controlabilidade ministerial da função administrativo-policial, de um lado, e o sigilo assecuratório da segurança social e estatal, de outro –, a definição do axioma preponderante deve resultar de um cuidadoso processo de ponderação.

Nessa ordem de ideias, razões de Estado como justificativas para a mitigação do controle desenvolvido pelo Ministério Público Federal sobre a atividade-fim do Departamento de Polícia Federal ganharão foros de validade constitucional na estrita medida em que: a) se revelarem adequadas aos fins colimados com sua utilização; b) forem necessárias ou exigíveis, à mingua de outras técnicas jurídicas menos sacrificantes da publicidade administrativa; c) e, finalmente, numa relação ponderativa de meios e fins, proporcionarem ganhos superlativamente maiores que as perdas resultantes do sacrifício à transparência da atividade administrativa.

E mais.

Haja vista que ao Ministério Público compete realizar amplo controle externo da Administração Pública – nomeadamente para a garantia do respeito dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais e para a tutela do patrimônio público e social (combate à improbidade administrativa), na forma dos arts. 127, *caput*, e 129, II e III, da Constituição Federal –, diligências fiscalizatórias que não se situarem nos limites do controle externo da atividade policial (controle finalístico) encontrarão fundamento constitucional válido na proteção da juridicidade, da eficiência e da probidade administrativas.

O que venho de referir está em sintonia com o magistério jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, revelado nas ementas transcritas na petição inicial.

Assentadas tais premissas, e cingindo o enforque ao *caso concreto*, exsurge manifestamente ilegal a recusa da autoridade coatora ao fornecimento das informações requisitadas

pelo Ministério Público Federal, ora impetrante.

A despeito do quanto consignado nos atos administrativos enunciativos e normativos evocados pela autoridade coatora (Parecer nº 143/2015, do Serviço de Estudos, Legislação e Pareceres da Corregedoria Geral do Departamento de Polícia Federal; Despacho nº 4.300/2016, da Divisão de Correições Judiciárias e Inspeções da Corregedoria Geral do Departamento de Polícia Federal; Memorando-Circular nº 14/2017, da Corregedoria Regional da Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Estado de São Paulo; Resolução nº 1/2016, do Conselho Superior de Polícia do Departamento de Polícia Federal), não há fundamento bastante para que o ostracismo e a opacidade revistam parcela tão significativa das funções públicas desenvolvidas no seio da Delegacia de Polícia Federal de Bauru.

Não se identifica nenhuma ameaça à segurança do Estado, visto que, por princípio, o Ministério Público Federal se irmana com o Departamento de Polícia Federal na persecução penal dos ilícitos criminais de competência da Justiça Federal, sendo certo que àquele compete a formulação da *opinio delicti* com lastro nos elementos informativos por esse coligido – naturalmente sem prejuízo de suas próprias competências investigatórias, já largamente reconhecidas pelo Pretório Excelso.

De tal sorte, qualquer associação do controle externo da atividade policial a cargo do *parquet* federal com o comprometimento da segurança das unidades policiais federais e dos respectivos agentes públicos (itens "8" e seguintes do Parecer nº 143/2015, do Serviço de Estudos, Legislação e Pareceres da Corregedoria Geral do Departamento de Polícia Federal) não passará de um grandioso desatino, um rematado absurdo.

Para além, conquanto aparentemente dissociadas das atividades-fim desenvolvidas pelo Departamento de Polícia Federal, as informações ambicionadas pelo Ministério Público Federal guardam estreita relação com os atos de polícia investigativa e judiciária.

Com efeito, nem o mais incauto observador da realidade negaria que a eficiência e a correção da atividade policial dependem da existência de um contingente completo e direcionado às atividades inerentes à investidura (inexistência de desvios funcionais), da existência de veículos oficiais em condições de uso, da inocorrência de tredestinação de bens de uso especial, notadamente os veículos com "placas reservadas" etc.

Porém, ainda que não fosse possível a associação da iniciativa ministerial com a atividade-fim do Departamento de Polícia Federal, remanesceria a legitimidade constitucional do *parquet* federal para o controle externo da função administrativa em geral.

Irrelevante, no ponto, qualquer medida administrativa preordenada à submissão dos dados lamentados aos rigores da Lei nº 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação, que alude a informações ultrassecretas, secretas e reservadas (arts. 23 e seguintes). Primeiramente porque ficaria evidenciado o desvio de finalidade, caracterizado pelo emprego de instrumento normativo para o fim de dificultar a atuação fiscalizatória do Ministério Público Federal. Em segundo lugar, até mesmo essa classificação estaria sujeita ao controle jurisdicional, o qual recai igualmente sobre conceitos jurídicos indeterminados, nomeadamente quando situados nas zonas de certeza positiva ou negativa (hipótese dos autos, em que não é possível tratar como "reservados" dados de interesse dos protagonistas na atividade preparatória da persecução penal em juízo).

Em que pesem as preocupações externadas pela autoridade coatora, o compartilhamento das informações pretendidas deve ser irrestritamente implementado, pois vai ao encontro do sistema de proteção de direitos fundamentais, potencializa a tutela do patrimônio público e previne as patologias que rotineiramente acometem o sistema de investigação criminal.

Patente, portanto, em juízo de sumária cognição, a existência de direito líquido e certo do Ministério Público Federal à realização de amplo controle externo das atividades policiais a cargo do Departamento de Polícia Federal, inclusive mediante a obtenção de informações que, conquanto originariamente atreladas à função administrativo-operacional, repercutem direta e imediatamente sobre a qualidade e a lisura dos atos de polícia investigativa e judiciária.

O *periculum in mora* resulta do prolongamento de uma situação ostensivamente inconstitucional e ilegal (reiterado descumprimento, pelas autoridades policiais federais, dos princípios e regras sobre o controle externo da atividade policial, alhures mencionados), a lançar a pecha da suspeição sobre as atividades desempenhadas por agentes públicos em exercício na Delegacia de Polícia Federal de Bauru, além de perpetuar potenciais práticas ilícitas no manejo de pessoal e bens afetados ao serviço público.

Em face do exposto, *defiro* integralmente a medida liminar requerida pelo Ministério Público Federal e, em consequência, ordeno que, no prazo de três dias úteis, a delegada-chefe da Delegacia de Polícia Federal de Bauru expeça ofício ao procurador da República presidente do procedimento administrativo nº 1.34.003.000246/2018-55 e lhe preste as informações constantes da parte final do capítulo "3.1" da petição inicial.

Para a eventualidade de descumprimento da presente determinação, fixo multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais), exigível pessoalmente do agente público que der causa ao retardamento, sem prejuízo da apuração de responsabilidade civil, administrativa e penal.

Anote-se a intervenção da União, que de tudo deverá ser pessoalmente cientificada.

Oportunamente, tornem os autos conclusos para a prolação de sentença.

Desnecessária a intervenção do fiscal da ordem jurídica, visto ser ele o impetrante.

Intimem-se. Expeça-se o necessário.

Juiz Federal Substituto DANILO GUERREIRO DE MORAES

PROCEDIMENTO COMUM
5006524-09.2018.4.03.6100

Autores: CONSTRUTORA TENDA S/A, ADRIANA DE FATIMA PENHA E OUTROS
Réus: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Juíza Federal: ANA LÚCIA PETRI BETTO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/10/2018

Vistos. Trata-se de ação de procedimento comum ajuizada por *CONSTRUTORA TENDA S/A, ADRIANA DE FATIMA PENHA, ALEX FERNANDO HAMADA, ALBERTO PASCOAL ALFANO, ALEXANDRE CORDOVA KALID, ALEXANDRE REGIS DE OLIVEIRA, ALEXANDRE MILLEN GRZEGORZEWSKI, AMANDA DA SILVA BEZERRA, DANIELA FERRARI TOSCANO DE BRITTO, FABRICIO CAMPOS DA SILVA, FABRICIO QUESITI ARRIVABENE, FELIPE DAVID COHEN, GUILHERME BARTOL MAZZOTTI, JOAO RAUPP SELISTER, JOSE EDGARD MEIRA FILHO, LUIZ HENRIQUE ALMEIDA DINIZ, MARCELO DE MELO BUOZI, MARIANA QUASS, PEDRO DA CUNHA COSTA, RENAN BARBOSA SANCHES, RODRIGO CALIL DE CARVALHO, RICARDO COUTO DE PRADA, RODRIGO FERNANDES HISSA, RODRIGO OSMO, SIDNEY OSTROWSKI e VINICIUS FARAJ em face da CAIXA ECONOMICA FEDERAL e UNIÃO FEDERAL*.

Objetivam, em sede de tutela provisória de urgência, a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários de IRPF, IRRF e contribuição previdenciária, bem como dos depósitos de FGTS, tendo por base os valores relativos ao Programa de Opção de Compras de Ações, obstando-se a inscrição em dívida ativa e ajuizamento de execução fiscal, até decisão final a ser proferida nestes autos.

Narram que o Programa supramencionado foi aprovado em 2014, ao qual os diretores e empregados da empresa poderiam aderir. Em 2015, foram autuados sob o argumento de necessidade de recolhimento do IRRF, a ser calculado pela diferença entre o preço de exercício e o preço de mercado das ações. Todavia, o processo administrativo decorrente de tal autuação foi cancelado em razão de nulidade quanto ao critério de lançamento.

Sustenta que os planos de outorga de opção de compra de ações não configuram remuneração para seus beneficiários, bem como que eventual tributação só seria possível sobre eventual ganho de capital decorrente do exercício das opções, e não sobre a diferença entre o preço de exercício das opções e seu valor na Bolsa de Valores, no momento do exercício.

Intimada para regularização da inicial (ID 5155083), a parte autora apresentou a petição de ID 5192424, juntando os documentos requeridos.

Sobreveio a decisão de ID nº 5500848, indeferindo a tutela de urgência e determinando a citação das rés.

Os autores apresentaram a petição de ID nº 5517174, requerendo a reconsideração da decisão de ID nº 5500848 para o deferimento do pedido subsidiário.

A decisão de ID nº 5526258 indeferiu o pedido de reconsideração, concluindo que o pedido formulado em caráter subsidiário dizia respeito ao pedido principal, e não ao antecipatório.

Pela petição de ID nº 5589109, os autores requereram a concessão de tutela de urgência para assegurar-lhes o direito de somente tributar a título de remuneração decorrente do programa de opções de compra de ações de 2014 o valor que seria dedutível como despesa para fins de IRPJ e CSL, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário devido por critério diverso.

A decisão de ID nº 5849259 indeferiu a tutela de urgência.

Pela petição de ID nº 6570126, os autores informaram a interposição do agravo de instrumento de 5008486-34.2018.4.03.0000, distribuído à Colenda 2ª Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Citada, a *CAIXA ECONÔMICA FEDERAL* apresentou a contestação de ID nº 7417651, sustentando, em caráter preliminar, sua ilegitimidade passiva, por não ser gestora do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, de modo a não deter legitimidade para a cobrança da contribuição do FGTS. Quanto ao mérito, sustentou (i) a natureza remuneratório do plano de *stock options*, a subsidiar a incidência da contribuição previdenciária e do FGTS e (ii) a ausência de requisitos para a concessão da tutela antecipada.

A *UNIÃO FEDERAL*, por seu turno, apresentou a contestação de ID nº 7551635, sustentando, em caráter preliminar, a ilegitimidade ativa dos autores pessoas físicas, na medida em que as obrigações questionadas seriam devidas pela pessoa jurídica empregadora. Quanto ao mérito, aduziu (i) o caráter remuneratório dos planos de opções de compras de ações; (ii) que a tributação deve ser calculada sobre o valor da diferença, na data do exercício de cada *stock option*, entre o valor de mercado de cada ação e o preço pago pelo beneficiário à empresa empregadora, multiplicado pelo número de ações adquiridas; e (iii) a ausência de fator de risco na operação de opções de compra de ações ofertadas a empregados.

Os autores apresentaram a petição de ID nº 8161966, reiterando o pedido de concessão de tutela de urgência quanto ao pedido subsidiário, ainda que mediante a apresentação de garantia, o que foi indeferido nos termos da decisão de ID nº 8247113.

Pela petição de ID nº 8425911, os autores informaram a realização de depósito judicial nos valores considerados devidos pela União Federal para o mês de maio a título de IRPF, contribuição previdenciária ao INSS e ao FGTS.

A corré CAIXA ECONÔMICA FEDERAL protestou pelo julgamento antecipado do feito (ID nº 8536068).

Os autores apresentaram a réplica de ID nº 8578880. Posteriormente, protestaram pela produção de perícia contábil (ID nº 8968182).

Vieram os autos à conclusão.

É o relatório. Passo a decidir.

A controvérsia nos autos diz respeito à possibilidade de exclusão dos valores obtidos pelos autores por intermédio de plano de opção de compra de ações da base de cálculo das contribuições previdenciárias ao INSS, ao FGTS e do imposto de renda (pessoa física).

Desse modo, verifico tratar-se de questão de direito, comportando julgamento com base na prova documental já produzida, razão pela qual indefiro o pedido de produção de prova pericial contábil.

Ademais, verifico estarem presentes as condições de ação e os pressupostos processuais.

Passo à análise das preliminares.

1. Preliminares:

1.1. Ilegitimidade passiva da corré CEF:

Alega a corré CEF não deter legitimidade para responder a ações em que contribuintes do FGTS questionam a própria contribuição e seus acessórios, atribuindo a competência à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por força do quanto disposto no artigo 2º da Lei nº 8.844/1994.

A esse respeito, é certo que as entidades (CEF e PGFN) têm firmado ao longo do tempo sucessivos convênios para o tratamento de questões tributárias, entre os quais o citado pelos autores em sua réplica de ID nº 8578880, denominado "Convênio PGFN/CAIXA nº 01/2014", que dispõe expressamente sobre a operacionalização das inscrições em dívida ativa do FGTS, contribuições sociais da Lei Complementar nº 110/2001 e cobrança dos débitos para com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Entretanto, não há como se atribuir à CEF o condão de extinguir ou suspender a exigibilidade das contribuições ao FGTS e previdenciárias, conforme entendimento reiterado do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª. Região:

> DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF. CONTRIBUIÇÃO AO FGTS.
> I - Entendo que deve ser reconhecida a ilegitimidade passiva da caixa Econômica Federal, arguida em contrarrazões, com sua exclusão da lide.
> II - A legitimidade para fiscalizar o recolhimento das contribuições ao FGTS, efetuar as respectivas cobranças e exigir os créditos tributários é do Ministério do Trabalho e da Procuradoria da Fazenda Nacional, ainda que seja permitido celebrar convênio para tanto.
> III - Observo, também, que se por um lado a CEF, que é operadora do sistema e tem como uma de suas atribuições a manutenção e controle das contas vinculadas (artigo 7º, inciso I, da Lei nº 8.036/90), tem legitimidade para responder às ações em que os titulares das referidas contas questionam os critérios de correção monetária e juros (Súmula 249 do Superior Tribunal de Justiça), de outro isso não atribui legitimidade para responder às ações em que os contribuintes do FGTS questionam a própria contribuição ou seus acessórios.
> IV - Considerando que o FGTS não tem natureza jurídica de imposto nem de contribuição previdenciária, dada sua natureza e destinação, não se pode dar igual tratamento à não integração de rubricas da folha de salários de verbas de caráter indenizatório à sua base de cálculo, tal qual às contribuições previdenciárias.
> V - Decorre de previsão legal no artigo §6º, do artigo 15, da Lei nº 8.036/90, de forma taxativa, a não inserção de rubricas no conceito de remuneração para fins de incidência da contribuição ao FGTS . As verbas requeridas não estão legalmente excluídas da incidência. Improcedência do pedido.
> VI - Apelação da CEF provida. Apelação da União e remessa oficial providas. Apelação da impetrante desprovida.
> (TRF-3, ApReeNec nº 0000585-82.2014.4.03.6130, 1ª Turma, Rel. Des. Wilson Zauhy, j. 20.02.2018, DJ 01.03.2018).

> TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. ANULAÇÃO DE DÉBITO FISCAL. DEPÓSITO DO FGTS - ART. 15, §§1º E 2º, DA LEI Nº 8.036/1990. ILEGITIMIDADE DA CEF.
> 1. A questão relativa à legitimidade da Caixa Econômica Federal - CEF para figurar no polo passivo da demanda deve ser resolvida com a análise da legislação que rege o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS. Conclui-se da leitura dos dispositivos legais mencionados, que a legitimidade para fiscalizar o recolhimento das contribuições ao FGTS, efetuar as respectivas cobranças e exigir os créditos tributários é do Ministério do Trabalho e da Procuradoria da Fazenda Nacional, ainda que seja permitido celebrar convênio para tanto. Observo também, que a CEF, por ser operadora do sistema e ter como uma de suas atribuições a manutenção e controle das contas vinculadas (artigo 7º, inciso I, da Lei nº 8.036/90), possui legitimidade para responder às ações em que os titulares das referidas contas questionam os critérios de correção monetária e juros, nos termos da Súmula nº 249 do C. Superior Tribunal de Justiça. Todavia, a CEF não possui legitimidade para responder às ações em que os contribuintes do FGTS questionam a constitucionalidade ou legalidade da própria contribuição ou seus acessórios, pois esta empresa pública não possui atribuição para extinguir ou suspender a

exigibilidade de contribuições ao FGTS.
2. Recurso de apelação da parte autora desprovido.
(TRF-3, Apelação Cível nº 0016105-37.1998.403.6100-SP, 5ªTurma, Rel. Des. Paulo Fontes, j. 20.08.2018, DJ 29.08.2018).

De rigor, portanto, o acolhimento da preliminar suscitada pela CEF, com o prosseguimento do feito em face da União Federal.

1.2. Ilegitimidade ativa dos autores pessoas físicas:

Aduz a corré *UNIÃO FEDERAL* que os autores, pessoas físicas beneficiadas com a outorga de opções de ações, não teriam legitimidade para discutir a incidência de obrigações legais (tributárias e FGTS) cujo pagamento recai sobre a pessoa jurídica empregadora (Construtora Tenda).

Quanto ao ponto, entretanto, merece acolhida o argumento ofertado na réplica de ID nº 8578880, pág. 03, na medida em que a demanda também tem por objeto a legalidade da incidência do imposto de renda retido na fonte previsto pela Lei nº 7.713/1988.

Certo, portanto, que os autores pessoas físicas preenchem os requisitos estabelecidos pelo artigo 17 do Código de Processo Civil, detendo interesse e legitimidade para figurar no polo ativo da demanda.

Dessa forma, rejeito a preliminar arguida.

Passo à análise do mérito.

2. Do mérito:

Os demandantes visam afastar a incidência de imposto de renda, contribuições previdenciárias ao INSS e ao FGTS com relação aos planos de "stock options" formalizados no ano de 2014, entre a Construtora Tenda S/A (primeira autora) e seus empregados.

Trata-se de ações derivadas de plano de outorga de opções de compra semelhante ao regime conhecido como "stock options", acerca do qual cabem algumas considerações conceituais.

De fato, no mercado de opções, são negociados direitos de compra e venda de ativos financeiros a determinado preço e quantidade futuros. As operações podem ser liquidadas tanto pela entrega dos ativos quanto pela diferença entre o preço combinado na opção e o preço de mercado de compra ou venda do ativo no mercado à vista, na data de vencimento da opção.

Existem dois tipos de opções: "calls" (opções de compra) e "puts" (opções de venda). Na primeira, opção de compra, o titular da opção tem o direito de comprar um ativo em determinada data, por um preço determinado. Ao revés, na opção de venda, o detentor tem o direito de vender um ativo em certa data, por determinado preço, denominado ("strike price"), que corresponde ao valor futuro pelo qual o bem será negociado. A data em que o contrato será exercido corresponde à data de vencimento.

Vê-se que um contrato de opção representa o direito - mas não corresponde à obrigação - de comprar ou vender uma quantidade específica de um determinado bem (ativo) a um preço de exercício em uma época predeterminada.

Nesse sentido, *a própria opção de compra ostenta valor comercial, certo que corresponde a um ativo negociado no mercado***.** O titular da opção, assim, pode lucrar de duas maneiras: (1) exercendo o direito de compra da ação quando sua cotação no mercado for superior ao preço de exercício previsto no contrato da opção e (2) vendendo a *própria* opção de compra por um prêmio de valor mais alto do que o pago para adquiri-la.

Com relação aos planos de "stock options", tem-se que a opção de compra de ações é oferecida, por uma empresa, a seus empregados e diretores, como uma forma de estimulá-los a se comprometer com o negócio em que estão inseridos.

Em tal contexto, é de se ressaltar que diversos instrumentos patrimoniais são conferidos aos empregados e executivos como parte de sua remuneração, em adição aos salários, como um incentivo aos seus esforços para o incremento do desempenho da entidade.

Ademais, os planos de opções de compra de ações da companhia também funcionam como forma de alinhar os interesses dos executivos ao da empresa representada, uma vez que aqueles passam a se beneficiar do bom desempenho desta.

Os planos também servem para a retenção de profissionais qualificados nos quadros empresa, razão pela qual a grande maioria dos programas prevê um período no qual o beneficiado deve permanecer vinculado à companhia, sob pena de antecipação do prazo de vencimento ou caducidade da opção.

Assim, este direito de aquisição das ações é oferecido por um preço definido e com período de carência, também chamado de "vesting period", durante o qual as opções de compra não poderão ser exercidas.

Não se deve confundir a carência com o prazo de validade, que corresponde ao limite temporal para que o empregado possa exercer seu direito de opção de compra de ações, certo que, uma vez esgotado tal prazo, perecerá o seu direito.

Diante deste cenário, cabe a indagação sobre a natureza de tais planos de opções, se remuneratórios ou mercantis, notadamente para fins de incidência de imposto de renda.

Os autores aduzem, em síntese, que a natureza dos planos de "stock options" seria mercantil, já que se trataria de uma operação onerosa e facultativa, sendo ainda necessário que o beneficiário pague o preço de exercício da opção para a aquisição das ações. Ademais, alegam que o preço das ações seria volátil, de modo que haveria risco de mercado ao beneficiário.

Entretanto, os argumentos não merecem acolhida, sendo nítido o caráter retributivo dos planos de "stock options", como se passa a discorrer.

Na verdade, *os elementos apontados pelo Impetrante para sustentar a natureza mercantil dos programas não se relacionam às opções propriamente ditas, mas sim às ações que lastreiam tais opções.*

Explico.

No mercado de capitais, entre a entrega das opções de compra de ações e a venda das ações subjacentes ao plano, ocorrem três operações fundamentalmente distintas.

Em primeiro lugar, a concessão das opções, que tem como partes o empregado ou executivo beneficiário e a empresa outorgante do plano. A seguir, ocorre o efetivo exercício das referidas opções, momento em que o empregado pagará à companhia o preço de exercício, adquirindo assim, as ações subjacentes ao plano. Por fim, poderá ocorrer a venda destas ações adquiridas com os planos de "stock options" no mercado, o que se opera entre os empregados e os investidores, sem relação com a empresa.

O motivo pelo qual existe uma confusão generalizada entre as opções de compra das ações e as ações subjacentes reside no fato de que o benefício econômico do empregado será mais evidente no terceiro momento, como acima delineado, ou seja, quando vende no mercado de capitais as ações, outrora adquiridas com o exercício das opções.

Nota-se, contudo, que o plano de opções não se limita à compra e venda de ações.

Ao analisar os planos de "stock options", verifica-se que o *ativo econômico ofertado aos empregados e diretores corresponde às opções de compra de ações - e não as ações subjacentes.*

De fato, uma vez feita essa distinção, resta claro que os elementos da onerosidade, aleatoriedade e faculdade de escolha dizem respeito às ações subjacentes, e não às opções, como querem fazer crer as demandantes.

A partir de tais premissas, aflora a natureza remuneratória dos planos de "stock options".

Ora, as opções de compra de ações são outorgadas pela empresa a seus colaboradores de *forma gratuita*, quer dizer, os empregados nada pagam por este direito.

No mercado de capitais, ao contrário, os demais titulares de opções sobre ações não têm este benefício e devem arcar com prêmio à empresa para assegurarem o direito de optar se irão comprar, ou não, as ações que lastreiam as opções.

Assim, não há que se falar em onerosidade, no caso dos planos dos autos. Os empregados e executivos *somente irão pagar pelas ações*, certo que *as opções lhe são outorgadas gratuitamente pela companhia. Com isso, evidente a retribuição pela atividade exercida***.**

Em tal linha de argumentação, não é possível afirmar que a opção possa gerar algum risco ao salário fixo do empregado ou ao seu patrimônio pessoal, tendo em vista que a companhia lhe outorga um ativo econômico distinto das ações que lastreiam o plano.

Nessa toada, o empregado somente poderá assumir risco em um momento *posterior* ao da entrega da contraprestação pela empresa, e apenas na hipótese em que decida efetivamente exercer a opção e permanecer como titular da ação - o que, de qualquer forma, é algo estranho à relação deste com a empresa.

Convém destacar, por oportuno, que as opções de compra de ações são outorgadas pela empresa a seus colaboradores, em nítido caráter remuneratório e de contraprestação ao trabalho, tanto o é que o beneficiário recebe as opções somente se superar todas as condições suspensivas previstas pelo próprio plano, até o "vesting period", e permanecer arrolado nos quadros da empresa. Existem, nesse sentido, cláusulas expressas que indicam a caducidade do direito com o término do contrato de trabalho ou do mandato.

Ademais, nos planos acostados aos autos, chama a atenção que os diretores e empregados poderão exercer as opções em lotes periódicos, evidenciando habitualidade na prestação.

Em síntese, os planos de opções de compra de ações representam vantagem econômica atribuída de forma gratuita, pela empresa, em razão do contrato de trabalho ou do mandato exercido na companhia, sem onerosidade, nem aleatoriedade, sendo que o único risco do beneficiário é de nada ganham além da remuneração fixa, o que se coaduna com formas de remuneração flexíveis.

De tal feita, resta demonstrada a natureza remuneratória da operação, já que foi ofertado pela empresa em função do trabalho, gerando vantagem patrimonial ao titular do direito de opção.

Assim sendo, as opções devem gerar todos os reflexos tributários típicos das prestações salariais, ou, se for o caso de trabalhadores sem vínculo, como diretores não empregados, esses rendimentos devem ser computados como rendimentos do trabalho, servindo como base de cálculo para a incidência de imposto de renda.

Com relação ao IRPF e IRRF, já foi dito que a outorga graciosa da opção de compra de ações para empregados e diretores, por liberalidade do empregador, por si só, já corresponde a uma *vantagem patrimonial* que a empresa atribuiu a seus colaboradores, já que a regra do

mercado é a aquisição onerosa das opções.

A tributação, nesse caso, deve incidir sobre o valor da própria opção de compra concedida ao Impetrante, a qual corresponde ao acréscimo patrimonial por ele auferido, que deve ser calculada de acordo com as regras de mercado, e não em relação ao valor da diferença entre o valor de aquisição das ações e sua cotação em bolsa no dia da compra.

Ora, o valor da aquisição em si só poderá eventualmente ser considerado para fins de tributação de ganho de capital, quando da venda das ações.

De qualquer forma, o fato gerador, para fins de imposto de renda pessoa física e de retenção na fonte, apenas aperfeiçoa seu aspecto temporal uma vez esgotado o período de carência, momento em que se aperfeiçoa a disponibilidade da renda.

A seu turno, no tocante às contribuições previdenciárias, a mesma lógica deverá ser utilizada para chegar-se no salário de contribuição, considerando-se as opções de compra de ações como forma de remuneração do trabalho (artigo 28, I e III da Lei 8.212/91), já que recebidas pelos empregados e contribuintes individuais de maneira graciosa, como doação. Deste modo, o valor das opções deverá integrar o salário de contribuição, em se tratando de parcela remuneratória.

Por fim, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS é um direito autônomo dos trabalhadores urbanos e rurais, de índole social e trabalhista, não possuindo caráter de imposto ou de contribuição previdenciária, não sendo possível, assim, a sua equiparação com a sistemática utilizada para fins de incidência de contribuição previdenciária e imposto de renda, tornando irrelevante a natureza da verba trabalhista para fins de incidência do FGTS, cuja base de cálculo é definida pelo artigo 15 da Lei nº 8.036/90.

O empregador, assim, realiza depósitos na conta vinculada perante a Caixa Econômica Federal, no valor de oito por cento do salário bruto do trabalhador, considerados os valores de horas extras, adicionais de periculosidade, insalubridade, de trabalho noturno, férias, 13º salário, etc.

Em se tratando de empregados regidos pela CLT, o valor correspondente às opções de compra de ações também servirá como base para a incidência do FGTS; no entanto, se o beneficiário for diretor não empregado, deverá ser observado o §4º do artigo 15, c/c 16 da Lei nº 8.036/96, sendo necessário que a empresa venha equipará-los aos demais trabalhadores.

Deste modo, forçoso concluir que os planos de opções de compra de ações ostentam natureza remuneratória, o que afasta a plausibilidade do direito invocado pelos autores, seja em seu pedido principal ou em seu pedido subsidiário.

DISPOSITIVO:

Diante do exposto, decido:

1.) Acolher a preliminar de ilegitimidade passiva, *EXTINGUINDO O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO* em face da corré *CAIXA ECONÔMICA FEDERAL*, nos termos do artigo 485, VI do Código de Processo Civil; e, prosseguindo,

*2.) n*os termos do artigo 487, I do CPC, *JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO* dos autores.

Condeno os autores ao recolhimento integral das custas processuais, bem como ao pagamento de honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor atualizado da causa (art. 85, §§3º, I e 4º, III do CPC).

Tendo em vista a interposição do agravo de instrumento nº 5008486-34.2018.4.03.0000,

comunique-se o inteiro teor da presente à Colenda 2ª Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Após o trânsito em julgado, expeça-se alvará para levantamento dos valores depositados pelos autores em contas vinculadas a este Juízo (ID nº 8425915, págs. 02/10), intimando-se para a retirada em Secretaria.

Comprovada a liquidação dos alvarás, arquivem-se os autos, observadas as formalidades legais.

P. R. I. C.

SãO PAULO, 4 DE OUTUBRO DE 2018.

Juíza Federal Substituta ANA LÚCIA PETRI BETTO

Súmulas

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- *Vide* IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independendo sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- *Vide* PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- *Vide* Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- *Vide* Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- *Vide* IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- *Vide* PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subseqüente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de "lavagem" de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

- *Vide* Incidente de Uniformização de Jurisprudência Criminal nº 0014013-56.2006.4.03.6181, publicado no RTRF3R 107/161.

SÚMULA Nº 36

É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial.

- *Vide* CC nº 0011900-67.2014.4.03.0000, publicado na RTRF3R 124/95.

SÚMULA 37

Compete à 3ª Seção julgar as ações referentes à devolução dos valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, independentemente do tipo de ação proposta.

- *Vide* CC nº 0012712.41.2016.4.03.0000 e CC nº 0012713-26.2016.4.03.0000 publicados na RTRF3R 134/85 e 134/93, respectivamente.

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO [1]

SÚMULA Nº 1

Na hipótese de direito adquirido ao pecúlio, o prazo prescricional começa a fluir a partir do afastamento do trabalho. (Origem: Enunciado 02 do JEFSP; Súmula nº 02 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 2

Com a implantação do Plano de Benefício da Previdência Social, oriundo da Lei nº 8.213/91, o benefício previdenciário de prestação continuada não mais está mais vinculado ao número de salários mínimos existentes quando de sua concessão. (Origem: Enunciado 03 do JEFSP; Súmula nº 03 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 3

É devida a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário cujo período básico de cálculo considerou o salário de contribuição de fevereiro de 1994, a ser corrigido pelo índice de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento), relativo ao IRSM daquela competência. (Origem: Enunciado 04 do JEFSP; Súmula nº 04 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 4

A renda mensal "per capita" correspondente a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui critério absoluto de aferição da miserabilidade para fins de concessão de benefício assistencial. (Origem: Enunciado 01 do JEFSP; Súmula nº 05 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 5

A comprovação de tempo de serviço rural ou urbano depende de início de prova material da prestação de serviço, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. (Origem: Enunciado 07 do JEFSP; Súmula nº 07 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 6

Nos benefícios concedidos a partir de 01.03.94, na hipótese do salário de benefício exceder ao limite previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, aplica-se o disposto no artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94. (Origem: Enunciado 12 do JEFSP; Súmula nº 10 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 7

Em caso de morte de filho segurado, os pais têm direito à pensão por morte, se provada a dependência econômica, ainda que não seja exclusiva. (Origem: Enunciado 14 do JEFSP; Súmula nº 11 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 8

Para a concessão de aposentadoria por idade, desde que preenchidos os requisitos legais, é irrelevante o fato de o requerente, ao atingir a idade mínima, não mais ostentar a qualidade de segurado. (Origem: Enunciado 16 do JEFSP; Súmula nº 12 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

1 **Súmulas 1 a 19** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada nos dias 30 e 31 de março de 2015, renumeradas em Sessão de 03 de junho de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 109/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 17 de junho de 2015. **Súmulas 20 a 23** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada no dia 28 de agosto de 2015, numeradas em Sessão de 22 de outubro de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 198/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 26 de outubro de 2015.

SÚMULA Nº 9

Em matéria de comprovação de tempo de serviço especial, aplica-se a legislação vigente à época da prestação de serviço. (Origem: Enunciado 17 do JEFSP; Súmula nº 13 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 10

É possível a expedição de precatório no Juizado Especial Federal, nos termos do artigo 17, § 4º, da Lei nº 10.259/2001, quando o valor da condenação exceder 60 (sessenta) salários mínimos. (Origem: Enunciado 20 do JEFSP; Súmula nº 16 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 11

A qualidade de segurado, para fins de concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, deve ser verificada quando do início da incapacidade. (Origem: Enunciado 23 do JEFSP; Súmula nº 18 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 12

Incide a contribuição previdenciária sobre o 13º salário nos termos do § 2º do artigo 7º da Lei nº 8.620/93. (Origem: Enunciado 33 do JEFSP; Súmula nº 27 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 13

Os requisitos para concessão do benefício de aposentadoria por idade não precisam ser cumpridos simultaneamente. (Origem: Súmula 05, do JEFMS; Súmula nº 28 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 14

O valor do benefício equivalente a um salário mínimo, concedida a idoso, a partir de 65 anos, também não é computado para fins do cálculo da renda familiar a que se refere o artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93. (Origem: Súmula 12 do JEFMS; Súmula nº 30 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 15

O recolhimento de 1/3 (um terço) do número de contribuições, relativo à carência do benefício pretendido, permite a contagem de todas as contribuições anteriores, ainda que correspondentes a períodos descontínuos. (Origem: Súmula 15 do JEFMS; Súmula nº 31 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 16

É devida a correção monetária nos pagamentos administrativos de valores em atraso desde a data do início do benefício e a partir do vencimento de cada parcela. (Origem: Súmula 01 do JEFAME; Súmula nº 32 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 17

É quinquenal a prescrição para pleitear a correção do saldo de contas vinculadas de PIS-PASEP. (Origem: Súmula 02 do JEFAME; Súmula nº 33 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 18

A garantia constitucional de reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, inserta no § 4º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, não confere ao Judiciário o poder de modificar critérios de reajustamento eleitos pelo legislador, substituindo-os por outros que entenda mais adequados para repor as perdas geradas pela inflação, sob pena de ingerência indevida de um Poder na esfera do outro. (Origem: Súmula 08 do JEFAME; Súmula nº 35 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 19

A regra definidora do período de carência para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade do filiado ao Regime Geral Previdenciário antes de 24/07/1991 é a do art. 142 da Lei 8.213/91, ainda que tenha havido perda da qualidade de segurado. (Origem: Enunciado nº 06 da Turma Recursal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul)

SÚMULA Nº 20

Não cabe mandado de segurança no âmbito dos juizados especiais federais. Das decisões que põem fim ao processo, não cobertas pela coisa julgada, cabe recurso inominado. (Origem: processo 0000146-33.2015.4.03.9300; processo 0000635-67.2015.4.03.9301)

SÚMULA Nº 21

Na concessão do benefício assistencial, deverá ser observado como critério objetivo a renda *per capita* de ½ salário mínimo gerando presunção relativa de miserabilidade, a qual poderá ser infirmada por critérios subjetivos em caso de renda superior ou inferior a ½ salário mínimo. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 22

Apenas os benefícios previdenciários e assistenciais no valor de um salário mínimo recebidos por qualquer membro do núcleo familiar devem ser excluídos para fins de apuração da renda mensal *per capita* objetivando a concessão de benefício de prestação continuada. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 23

O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

JUSTIÇA FEDERAL

Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Gabinete da Revista - revista@trf3.jus.br - Tel.: (11) 3012-1532