REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ANO XIX - N. 137 - ABRIL / JUNHO DE 2018 - ISSN 1982-1506

Ações coletivas como instrumento de controle jurisdicional de políticas públicas implementadoras de direitos fundamentais sociais

► Thaís Boia Marçal



O acordo de não persecução penal criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público - Artigo 18 da Resolução nº 181/2017: análise de sua compatibilidade constitucional

► Flávio da Silva Andrade

O princípio da vedação ao confisco e as multas tributárias na atual jurisprudência do STF

► Michelle Camini Mickelberg

Suspeição por motivo de foro íntimo à luz do novo Código de Processo Civil

► Reis Friede

Um rápido curso na História da Humanidade e na História do Direito

► Murilo Alves de Carvalho

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. 137	p. 1-541	Abr./Jun. 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 19/06/2018.
[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 - Presidente
WILSON ZAUHY
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
PAULO FONTES - Presidente
MAURÍCIO KATO

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA:

JOSÉ LUNARDELLI - Presidente
FAUSTO DE SANCTIS
NINO TOLDO

EX-DIRETORES DA REVISTA

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

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Sumário

BIOGRAFIA

Desembargadora Federal Inês Virgínia Prado Soares 13

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

Ações coletivas como instrumento de controle jurisdicional de políticas públicas implementadoras de direitos fundamentais sociais
Thaís Boia Marçal 17

O acordo de não persecução penal criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público - Artigo 18 da Resolução nº 181/2017: análise de sua compatibilidade constitucional
Flávio da Silva Andrade 45

O princípio da vedação ao confisco e as multas tributárias na atual jurisprudência do STF
Michelle Camini Mickelberg 61

Suspeição por motivo de foro íntimo à luz do novo Código de Processo Civil
Reis Friede 75

Um rápido curso na História da Humanidade e na História do Direito
Murilo Alves de Carvalho 89

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

Cautelar. Servidor. Programa de assistência à saúde. Exclusão da parte autora após falecimento do marido (servidor aposentado). "Fumus boni iuris" e "periculum in mora" demonstrados.
Ap 0000846-02.2003.4.03.6108
Desembargador Federal Peixoto Junior 119

Responsabilidade civil. INSS. Extravio de CTPS em agência da previdência social. Danos morais. Cabimento.
Ap 0000619-51.2008.4.03.6103
Desembargador Federal Nelton dos Santos 124

Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Indenização pela terra nua e pelas benfeitorias. Acolhido o valor apontado pelo perito judicial referente ao preço de mercado do imóvel à época da realização da perícia.
Ap 0001123-66.2008.4.03.6003
Desembargador Federal Valdeci dos Santos.....129

Ação Monitória. FIES. Taxa de juros. Lei nº 12.202/2010. Multa moratória e pena convencional. Prolongamento do prazo para amortização.
Ap 0026992-94.2009.4.03.6100
Desembargador Federal Cotrim Guimarães.....143

Curso superior. Cotas. Fato consumado. Instituição filantrópica. Interpretação.
Ag Ap 0001230-12.2014.4.03.6000
Desembargador Federal Fábio Prieto 152

Mandado de Segurança. Isenção de taxa para renovação de carteira de identidade de estrangeiro. Possibilidade. Comprovada hipossuficiência econômica. Nova lei da migração.
ReeNec 0000759-79.2017.4.03.6100
Desembargador Federal Marcelo Saraiva..... 157

Mandado de Segurança. Restabelecimento de pensão de filha maior solteira. Lei nº 3.373/1958. Comprovada união estável.
AP 5000302-05.2017.4.03.6118
Desembargador Federal Souza Ribeiro 161

DIREITO CONSTITUCIONAL

Ação Civil Pública. Chamadas televisivas. Direito de resposta coletivo. Garantia à liberdade de consciência e de crença. Serviço público de radiodifusão. Supremacia do interesse público. Programa televisivo. Caráter pejorativo e discriminatório. Desonra. Grupo religioso ou cultural. Meio coercitivo. Cumprimento de obrigação de fazer. Razoabilidade. Inquestionável capacidade econômica dos ofensores. Lei nº 13.188/2015.
Ap 0034549-11.2004.4.03.6100
Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 169

Ação Civil Pública. Educação indígena. Direito individual indisponível constitucionalmente estabelecido. Dever da administração pública. Perigo de extinção do idioma e da cultura ofayé xavante. Intervenção estatal para garantir o direito à educação. Obrigatoriedade. Ausência de implantação de políticas públicas. Omissão estatal configurada.
ApReeNec 0000652-21.2006.4.03.6003
Desembargadora Federal Diva Malerbi 183

Serviço de radiodifusão. Concessão/permissão. Finalidade exclusivamente educativa independe de licitação. Legislação aplicável compatível com a Constituição Federal.
Ap 0010580-57.2006.4.03.6112
Desembargadora Federal Mônica Nobre 194

Estatuto do Estrangeiro. Multa. Permanência no território nacional após esgotado o prazo legal de estada. Direito de cidadania. Sopesamento de direitos humanos. Princípio da proporcionalidade. Hipossuficiência. Filho menor brasileiro. Permanência regular no momento da lavratura do auto de infração.
Ap 0012815-52.2014.4.03.6100
Desembargador Federal Antonio Cedenho.....201

DIREITO PENAL

Crimes licitatórios. Fraude ao caráter competitivo. Entrega de bens com especificações técnicas em desconformidade com as previstas no edital. Dano à Fazenda Pública. Artigos 90 e 96, III, da Lei nº 8.666/1993. Condenação parcial. Regime prisional. Conversão da pena. Abandono de causa. Advogado. Multa do artigo 265 do CPP.
APN 0011266-82.2011.4.03.6109
Desembargador Federal Carlos Muta 213

Furto mediante fraude. Operação "crédito fácil". Nulidade de provas. Prorrogações indevidas das interceptações telefônicas. "Bis in idem". Inocorrência. Princípio da consunção. Inaplicável. Penas-bases reduzidas.
Ap. 0003749-33.2013.4.03.6181
Desembargador Federal Hélio Nogueira 254

Crime contra a ordem tributária. Artigo 1º, I, da Lei nº 8.137/1990. Redução de IRPF. Prescrição não verificada. Termo inicial. Constituição definitiva do crédito tributário. Súmula Vinculante nº 24. Desclassificação do delito. Impossibilidade.
Ap. 0000443-22.2014.4.03.6181
Desembargador Federal José Lunardelli.....271

Tentativa de homícidio qualificado. Furto qualificado contra a CEF. Receptação dolosa. Porte ilegal de arma de uso restrito. Associação criminosa armada. Nulidade do julgamento em plenário do júri. Inocorrência. Existência de provas suficientes a ampararem a decisão dos jurados. Inexistência de erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena. Abandono do processo. Multa.
Ap. 0000393-21.2015.4.03.6129
Desembargador Federal André Nekatschalow 283

Crime contra o meio ambiente. Manutenção de aves em cativeiro. Perdão judicial. Inaplicabilidade. Princípio da insignificância. Ave ameaçada de extinção. Inaplicabilidade. Uso de sinal público falso. Anilhas para pássaros.
Ap. 0008974-63.2015.4.03.6181
Desembargador Federal Maurício Kato..... 296

Tráfico transnacional de drogas e de armas. Materialidade e autoria. Concurso. Dosimetria da pena.
Ap. 0002069-05.2017.4.03.6106
Desembargador Federal Nino Toldo 303

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Aposentadoria por tempo de contribuição. Erro material. Reconhecimento de vínculo empregatício. Anotação na CTPS. Súmula nº 12 do TST. Contribuições previdenciárias. Recolhimento. Dever de fiscalização do INSS. Ausência de comprovação de irregularidades na CTPS. Emenda Constitucional nº 20/98. Aposentadoria proporcional. Benefício concedido.
ApReeNec 0005009-57.2004.4.03.6183
Desembargador Federal Carlos Delgado 313

Decisão "ultra petita". Aposentadoria por tempo de contribuição. Tempo especial. Vigia.
EI 0043951-25.2005.4.03.9999
Desembargador Federal Newton De Lucca 321

Pensão por morte. Cônjuge e filhos incapazes. Dependência econômica presumida. Qualidade de segurado. Perícia médica indireta. Incapacidade laborativa iniciada quando o "de cujus" ostentava a qualidade de segurado. Artigo 479 do CPC. Concessão do benefício.
ApReeNec 0008495-06.2011.4.03.6183
Desembargador Federal Gilberto Jordan 331

Conversão da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição em aposentadoria especial. Comprovação das condições especiais. Dentista. Autônomo. Agentes biológicos. Implementação dos requisitos.
ApReeNec 0001640-23.2012.4.03.6103
Desembargador Federal Paulo Domingues 338

Aposentadoria por invalidez. Incapacidade total e permanente. Demais requisitos preenchidos. Termo inicial do benefício.
Ap 0004491-17.2013.4.03.6130
Desembargadora Federal Inês Virgínia 347

Auxílio reclusão. Limite estabelecido para a concessão. Última contribuição integral que ultrapassa o valor estabelecido em portaria. Valor ínfimo. Impossibilidade de elasticização de critério legalmente imposto.
Ag Ap 0048042-19.2013.4.03.6301
Juiz Federal Convocado Otávio Port 355

Aposentadoria por tempo de contribuição. Necessidade de assistência permanente de outra pessoa. Acréscimo de 25%. Artigo 5º, "caput", da CF. Artigo 45, da Lei nº 8.213/1991. Princípio da isonomia. Preservação da dignidade da pessoa humana.
Ap 0002417-28.2015.4.03.6127
Desembargador Federal Baptista Pereira 358

Pensão por morte. Remessa necessária. "tempus regit actum". Filha inválida. Invalidez anterior ao óbito da segurada. Dependência econômica descaractarizada.
ApReeNec 0008975-40.2015.4.03.9999
Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias 366

Seguro-desemprego. Mandado de Segurança. Liberação de parcelas. Sócio. Empresa inativa. Segurança concedida.
ApReeNec 0005998-98.2016.4.03.6100
Desembargador Federal Nelson Porfírio 374

Aposentadoria por idade. Remessa oficial não conhecida. Labor rural registrado em CTPS. Reconhecimento para fins de carência. Possibilidade. Aposentação híbrida. Precedentes.
ApReeNec 0041083-54.2017.4.03.9999
Desembargador Federal Toru Yamamoto 378

Auxílio-doença. Requisitos. Preenchimento. Desconto das parcelas vencidas de período em que haja concomitância de percepção de remuneração salarial e benefício por incapacidade.
Ap 0001592-06.2018.4.03.9999
Desembargador Federal Sérgio Nascimento 387

Aposentadoria por invalidez. Auxílio-doença. Incapacidade preexistente à refiliação. Ausência dos requisitos para a concessão dos benefícios.
Ap 0002329-09.2018.4.03.9999
Desembargadora Federal Tânia Marangoni 391

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Juízo de retratação positivo. Juros de Mora. RE 579.431. C. STF. Multa. Artigo 1.021, § 4º, do CPC. Não cabimento. Orientação do Eg. STJ. Agravo interno improvido.
Ag Ap 0022545-40.2008.4.03.9999
Desembargadora Federal Lucia Ursaia 397

Mandado de Segurança. Pedido de restituição. Lei nº 11.457/2007. Excesso de prazo. Determinação judicial de pagamento imediato dos créditos apurados administrativamente. Impossibilidade. Embargos de declaração. Multa. Artigo 538 do CPC/73. Intuito protelatório não configurado.
Ap 0003384-52.2014.4.03.6113
Desembargador Federal Mairan Maia 401

Embargos à Execução Fiscal. Agravo retido não reiterado. Não conhecimento. Certidão de dívida ativa decorrente de benefício previdenciário indevidamente recebido. Nulidade. Extinção por inadequação da via eleita. Execução e embargos do devedor extintos.
Ap 0004402-57.2014.4.03.6130
Desembargador Federal David Dantas 407

Embargos à Execução. Opção pelo benefício administrativo. Execução das parcelas atrasadas do benefício judicial. Impossibilidade. Honorários advocatícios. Direito autônomo do advogado.
Ap 0017494-04.2015.4.03.9999
Desembargadora Federal Ana Pezarini 411

Agravo Interno. Decisão da vice-presidência. Negativa de seguimento a Recurso Excepcional. Correspondência entre o acórdão recorrido e a orientação do Tribunal Superior. Impossibilidade de rediscussão do acórdão paradigma. Penhora via BACENJUD. Desnecessidade de esgotamento de diligências em busca de bens do devedor. Recusa de bens. Possibilidade.
Ag AI 0014698-30.2016.4.03.0000
Desembargador Federal Nery Júnior.....416

Habilitação de herdeiros. Benefício assistencial. Óbito da requerente. Termo final. Direito ao crédito constituído em vida.
Ap 0030236-27.2016.4.03.9999
Desembargador Federal Luiz Stefanini 420

Suspensão de liminar. Ação coletiva com pedido de tutela provisória. ECT. ABCOMM. Reajuste de serviços de PAC e SEDEX. Percentuais superiores a 50% a depender das regiões de origem e destino da mercadoria.
5009544-72.2018.4.03.0000
Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 425

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Revisão Criminal. Acórdão condenatório. Concussão. Perda do cargo. Artigo 92, I, a do Código Penal. Pena acima de um ano e crime contra a administração pública. Fundamentação idônea. Revisão improcedente.
RvC 0002882-90.2012.4.03.0000
Desembargador Federal Wilson Zauhy 445

Novo Conflito de Jurisdição. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Gerente de agência bancária. Ausência dos poderes de gestão. Competência da vara especializada afastada.
CJ 0024697-46.2012.4.03.0000
Desembargador Federal Paulo Fontes 450

"Habeas Corpus". Crime do artigo 299 do CP. Competência da autoridade impetrada. Pedido de revogação de prisão domiciliar. Substituição por medidas cautelares. Pedido de dispensa do recolhimento integral da fiança.
HC 5004591-65.2018.4.03.0000
Desembargador Federal Fausto De Sanctis.....455

DIREITO TRIBUTÁRIO

Juízo de retratação. ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS: inconstitucionalidade, conforme tese firmada pelo STF em sede de Repercussão Geral (RE Nº 574.706). Inviabilidade de suspensão do julgamento do feito, à conta de evento futuro e incerto.
ApReeNec 0003205-74.2007.4.03.6110
Desembargador Federal Johonsom Di Salvo..... 471

Embargos à Execução Fiscal. Taxa de licença e poder de polícia. Base de cálculo. Natureza da atividade. Impossibilidade.
Ap 0000233-57.2009.4.03.6112
Desembargador Federal André Nabarrete 478

Embargos à Execução Fiscal. Notificação mediante entrega do carnê. Possibilidade. IPTU. RFFSA. Existência de caráter econômico e finalidade lucrativa. Possibilidade de tributação.
Ap 0014763-42.2014.4.03.6128
Desembargadora Federal Marli Ferreira 484

IRPF. Dedução de despesas médicas. Comprovantes. Identificação do prestador e do tomador dos serviços e discriminação dos valores, dos serviços prestados e do tempo da prestação. Suficiência. Glosa das deduções. Afastamento. Lançamento de ofício nulificado.
Ap 0005563-67.2016.4.03.6119
Desembargadora Federal Cecília Marcondes 508

SENTENÇAS

Pensão por morte. Pagamento cessado pelo INSS. Alegação de que o beneficiário exerce atividade remunerada. Pleito de restabelecimento da pensão. Filho interditado. Deficiente intelectual. Exercício de trabalho de limpeza dentro de vagas para deficiente no CEU.
0001975-88.2015.4.03.6183
Juiz Federal Ricardo De Castro Nascimento 517

Crédito rural. Cultivo de soja. Fatores climáticos desfavoráveis na safra 2015-2016. Pleito de prorrogação do pagamento de dívidas. Alegação da CEF de inconsistências no plantio.
0005693-54.2016.4.03.6120
Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert 522

Ação Ordinária. SUS. Procedimento cirúrgico. Troca de válvulas cardíacas. Infecção hospitalar. Anemia. Testemunha de Jeová. Ação para impedir realização de tratamento transfusional. Pleito de fornecimento do medicamento Alfaepoetina (Eritropoetina) como tratamento alternativo
5002190-38.2018.4.03.6000
Juiz Federal Ewerton Teixeira Bueno 528

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região..... 535

Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região 539

BIOGRAFIA



Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA

Inês Virgínia Prado Soares, nascida em 09/04/1968, é sergipana, como seus pais e avós. Em 1972, mudou-se para Fortaleza. Estudou em colégios católicos todo ensino fundamental. Sua turma foi a primeira de meninas do Colégio Santo Inácio em Fortaleza, em 1974, na alfabetização.

Depois morou em Brasília por dois anos, dos 11 aos 13 anos e estudou no Colégio Marista. Voltou a Fortaleza estudando no Colégio Cearense Sagrado Coração, também marista.

Seu hobby sempre foi a natação, praticou dos 6 aos 18 anos, participando de vários campeonatos ao longo da vida. Esporte este que lhe trouxe grandes amigos presentes até hoje em seu convívio.

Voltou a morar em Aracaju dos 16 aos 19 anos. Nessa época, 1985, conheceu seu marido, com quem namorou por cinco anos.

Fez o primeiro ano da Faculdade de Direito na Universidade Federal de Sergipe e os demais anos cursou na Universidade Federal do Ceará.

Um ano antes de terminar o Curso de Direito, passou no concurso para escriturário da Caixa Econômica Federal (CEF).

Casou-se em 1990, seis meses antes da formatura, com Maurício Barreto Campos que é economista, funcionário do Banco Central do Brasil e coordenador da área de economia do Departamento Econômico daquele órgão.

Mudou-se para Brasília com sua família em razão de uma promoção que seu esposo teve no Banco Central. Lá assumiu o cargo de Procuradora da Companhia Energética de Brasília (CEB), alcançado em concurso de provas e títulos. Continuou estudando e foi aprovada no concurso para Procuradora da República em 1996, tomando posse em fevereiro de 1997.

Tem dois filhos, Gabriela, de 27 anos, e Marcelo, de 19 anos. Atualmente ambos fazem mestrado: Gabriela em Administração Pública na FGV/SP e Marcelo no IMPA - Instituto de Matemática Pura Aplicada/RJ.

Sobre sua vida acadêmica e profissional:

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1990), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2007). Realizou pesquisa de Pós-doutorado no Núcleo de Estudos de Violência da Universidade de São Paulo (2009-2010). Atualmente é pesquisadora e colíder do Grupo de Pesquisa Arqueologia da Resistência da CNPq/IFCH/UNICAMP.

Ingressou no Ministério Público Federal (MPF) em 24 de fevereiro de 1997. Trabalhou na Procuradoria da República em São Paulo de 1997 até 2012. Foi promovida à Procuradora Regional da República da 3ª Região, por merecimento, em novembro de 2012.

Em breves linhas, no primeiro grau, trabalhou: de 1997 a meados de 1998, como *custos legis* na área cível; de 1998 a 2000, na área criminal; de 2000 até 2012, na área da tutela coletiva, sendo que de 2000 a 2002, no meio ambiente; de 2002 a 2006, no consumidor; de 2006 até 2012, no patrimônio público e social. Entre 2007 e 2009, foi Procuradora Regional dos Direitos do Cidadão Substituta.

Desde sua promoção para a Procuradoria Regional da República, atuou na área criminal, tanto como *custos legis* em *Habeas Corpus*, Mandados de Segurança e Ações Penais, como na interposição de Embargos e Recursos Especiais e Extraordinários nas Ações Penais.

Liderou a lista sêxtupla elaborada em votação pelos membros do MPF, bem como a lista tríplice formada pelos Desembargadores Federais da 3ª Região. Foi nomeada pelo Presidente da República Michel Temer para o cargo de Desembargadora Federal do TRF da 3ª Região para ocupar vaga decorrente da aposentadoria da Desembargadora Federal Cecilia Mello.

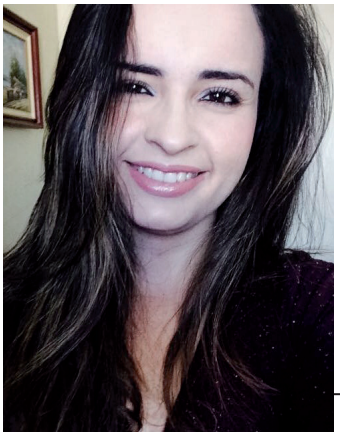
Em 16/03/2018, tomou posse nesta E. Corte, para ocupar a vaga destinada a membro do MPF para composição do quinto constitucional, inicialmente na Sétima Turma.



Artigos Doutrinários

Revista do TRF3 - Ano XIX - n. 137 - Abr./Jun. 2018

Ações coletivas como instrumento de controle jurisdicional de políticas públicas implementadoras de direitos fundamentais sociais



Thaís Boia Marçal

Mestre em Direito da Cidade pela UERJ. Especialista em Direito Público pela UCAM. Pós-graduada em Direito pela EMERJ. Coordenadora de Direito Público da Escola Superior de Advocacia (ESA) da OABRJ. Editora-chefe da Revista da ESA/OABRJ. Conselheira Suplente da Comissão de *Compliance* da Associação Comercial do Rio de Janeiro (ACRJ). Membro do IAB. Ex-assessora da Secretaria de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro e do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Advogada. E-mail: thaismarcal@adv.oabrj.org.br.

RESUMO: O controle judicial de políticas públicas representa um importante instrumento na concretização dos direitos fundamentais sociais. Mostra-se crucial o manejo de ações coletivas para este fim, sendo de relevo o estabelecimento de *standards* para delimitar suas possibilidades.

PALAVRAS-CHAVE: Controle judicial de políticas públicas. Direitos fundamentais sociais. Ações coletivas.

ABSTRACT: The judicial control of public policies represent an important instrument in the realization of fundamental rights. Proves to be of fundamental importance the management of collective action for this purpose, highly prominent being the establishment of standards to define its possibilities.

KEYWORDS: Judicial control of public policy. Fundamental rights. Class actions.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direitos fundamentais sociais e dignidade da pessoa humana. 2.1. Exigibilidade. 2.2. Custos dos direitos. 3. Efetividade dos direitos fundamentais sociais por meio das políticas públicas. 3.1. Os direitos fundamentais sociais na elaboração da lei orçamentária (discricionariedade política versus vinculação constitucional). 4. Controle jurisdicional de políticas públicas. 4.1 Limites à atuação do Judiciário: standards. 5. Ações coletivas: contornos institucionais. 6. Ação civil pública como instrumento de controle. 7. Síntese conclusiva. Referências.

1. Introdução

Segundo Luís Roberto Barroso, uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição às normas constitucionais do *status* de norma jurídica, dotadas de imperatividade e garantia, além de possuírem superioridade hierárquica, linguagem e conteúdo específico e uma dimensão política.[1]

Frise-se que a Carta Constitucional de 1988, além de concretizar novos rumos para o estudo do Direito Constitucional, conferiu grande primazia aos direitos fundamentais, elevando-os à categoria de cláusulas pétreas, em razão, dentre outros motivos, do fato destes conterem os valores mais importantes de uma comunidade política.[2]

Contudo, a consagração de tal categoria de direitos não pode ser relegada apenas ao plano teórico, sendo de nodal importância a análise da sua efetividade no mundo dos fatos.

Para tanto, revela-se fundamental examinar os meios disponíveis no ordenamento jurídico pátrio para verificar o cumprimento efetivo das normas constitucionais.

No presente estudo, será dado enfoque para a questão atinente ao controle judicial de políticas públicas, em especial, ao manejo de ações coletivas para este fim.

2. Direitos fundamentais sociais e dignidade da pessoa humana

Em primeiro lugar, cumpre definir o que se entende pela expressão "dignidade da pessoa humana".

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet,[3] trata-se de qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

Nesta senda, importa destacar que a Constituição Federal de 1988 elevou a dignidade humana a valor central do sistema jurídico. Fixada esta premissa, certo é que, havendo mais de um modo de interpretar a Constituição, deve-se optar por aquele que melhor concretize a dignidade da pessoa humana. [4]

Merece ênfase, ainda, a ideia de que, apesar do princípio da dignidade da pessoa humana atuar como elemento e critério informador dos direitos e garantias fundamentais, é preciso frisar que haverá de se reconhecer um espectro amplo e diversificado no tocante à intensidade desta vinculação, sem que com isso se esteja a afirmar que todos os direitos fundamentais tenham um conteúdo próprio em dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, significa dizer que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor e de princípio normativo fundamental, atrai o conteúdo dos direitos fundamentais.[5]

No tocante aos direitos sociais, insta destacar que muito se discute em sede doutrinária e jurisprudencial acerca da sua sindicabilidade. Em que pese não ser objeto principal deste estudo (razão pela qual não será aprofundada tal temática), insta fixar

1 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 398.

2 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 140.

3 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 62.

4 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 413 e 415.

5 SARLET, Ingo Wolfgang. Princípio da dignidade da pessoa humana no direito constitucional. *In*: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 340.

uma premissa: por menor que seja a sua densidade normativa ao nível da Constituição, tais direitos sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente exigíveis, aplicada a regra geral no sentido de que inexiste norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade. Por outro lado, o *quantum* de eficácia que cada direito fundamental a prestações poderá desencadear dependerá sempre de sua forma de positivação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto.[6]

2.1 Exigibilidade

Seja pela força normativa das normas constitucionais, seja pela fundamentalidade dos direitos sociais, uma premissa é irrefutável: tal grupo de direitos é dotado de alguma dose de eficácia, não podendo ser considerado como conjunto de meras normas programáticas a orientar o processo legislativo, pois é dever do Estado garantir a igualdade entre os cidadãos. Igualdade esta que deverá ser atingida por ações conjugadas do Estado e não apenas com posições de abstenções.

Neste sentido, vale ressaltar a lição de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins[7] ao defenderem que os direitos sociais permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado com intuito de melhorar as condições de vida, garantidos os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo as liberdades de *status negativus*. Assim, o Estado deve agir consoante indicado pela Constituição.

Dessa forma, não mais se sustenta o argumento de que tais direitos seriam meras metas a orientar o processo legislativo, ou seja, as chamadas normas programáticas.

Acrescente-se que a expressão "eficácia gradativa" não poderá ser utilizada como alicerce para justificar tal teoria, conforme defendido por Christian Courtis,[8] uma vez que os comentários sobre a sua natureza "aspiracional" ou "programática" reforçam apenas que os direitos econômicos sociais e culturais (DESC) estão sujeitos à realização progressiva, mas há uma série de deveres os quais obrigam imediatamente os Estados.

Nesta perspectiva, tem-se a orientação da Organização das Nações Unidas e a jurisprudência brasileira sobre o tema, de acordo com constatação feita por Daniel Sarmento[9] no sentido de que não há nenhum direito reconhecido pelo Pacto que não possua algum nível de justiciabilidade.

Com isso, por mais que a escolha sobre a alocação de recursos caiba, primordialmente, às autoridades políticas e não aos Tribunais, é preciso frisar que não está a disposição das maiorias implementar os direitos fundamentais, devendo ser empregados recursos para tanto, pois a adoção de uma classificação rígida de direitos econômicos sociais e culturais, que os situe, por definição, fora do âmbito dos Tribunais seria, portanto, arbitrária e incompatível com o princípio de que os dois grupos de direitos são indivisíveis e independentes, bem como reduziria drasticamente a capacidade dos Tribunais para proteger os direitos dos grupos mais vulneráveis e desfavorecidos da sociedade.

De modo a justificar tal posição, imperioso definir o que poderia ser entendido por progressividade. Segundo Christian Courtis,[10]

6 *Idem*. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 300.

7 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 67.

8 COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. *In:* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais* – fundamentos, judicialização e direitos sociais e espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 492-493.

9 SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos-jurídicos. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 554-555.

10 COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. *In:* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais* – fundamentos, judi-

a progressividade se refere à realização plena dos direitos econômicos sociais e culturais, pois é conferida ao Estado alguma liberdade de escolha no que concerne aos meios para alcançar a realização plena, mas isso não quer dizer discricionariedade absoluta e – muito menos – indiferença em relação aos resultados.

Então, a exigibilidade imediata é possível, uma vez que a questão da progressividade só diz respeito à eficácia total.

Tal constatação também é alvo de críticas, pois, segundo Vicente de Paulo Barreto,[11] se estaria interpretando os direitos sociais de forma restritiva, esvaziando a sua amplitude e magnitude.

Em que pese tal argumento, Alceu Maurício Junior[12] defende que considerar os direitos sociais como direitos fundamentais apenas no que se refere ao seu mínimo existencial[13]



os fortalece, pois acabaria por livrá-los das usuais objeções que lhe são formuladas, uma vez que esta concepção também não é contrária a um desenvolvimento dos direitos sociais para além do mínimo existencial, mas, a partir desse ponto, tratar-se-ia de matéria reservada ao debate democrático, e não mais um direito fundamental oponível ao legislador e ao administrador pela via judicial.

Acrescente-se, ainda, que isto demonstraria, inclusive, qual a opção política expressada por meio das eleições, pois se definirá se pretende ter um governo mais preocupado

cialização e direitos sociais e espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 505-506.

11 BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais*. Estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 111.

12 MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias*: a centralidade do orçamento na efetivação de direitos a prestações estatais e a fixação de parâmetros para a intervenção judicial em políticas públicas. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2005, mimeografado.

13 "O direito ao mínimo existencial corresponde à garantia das condições materiais básicas de vida. Ele ostenta tanto uma dimensão negativa como uma positiva. Na sua dimensão negativa, opera como um limite impedindo a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraiam dos indivíduos as referidas condições materiais indispensáveis para uma vida digna. Já na sua dimensão positiva, ele envolve um conjunto essencial de direitos prestacionais. Não há, todavia, consenso sobre as prestações que compõem este conjunto.". Cf. SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos-jurídicos. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 576. Ana Paula de Barcellos apresenta "uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, que deverá incluir os direitos à educação básica, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça." BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais* – o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 369. Contudo, imperioso ressaltar que "a exata determinação de qual o núcleo essencial de um direito dificilmente poderá ser estabelecida em abstrato e previamente." Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 347.

com a realização das condições básicas para os mais necessitados ou seriam eleitos agentes políticos mais preocupados com questões elitistas.

Assim, propõe-se que não se restrinja a exigibilidade dos direitos sociais ao mínimo existencial, mas também não se desconsidere as limitações fáticas que, comumente, impedem a implementação máxima de tais direitos. Como na maioria das vezes, a razão encontra-se no meio termo. Senão, veja-se.

Quanto maior ligação tiver um direito fundamental à dignidade da pessoa humana, maior deve ser a deferência dos Poderes à sua concretização, independentemente de se tratar de direito de primeira ou de segunda dimensão.

2.2 Custos dos direitos

Como bem aludido por Flávio Galdino,[14] "direitos não nascem em árvores", razão pela qual é de grande relevo a sua análise, o que passa, inevitavelmente, pelo estudo da matéria orçamentária.

Na atualidade, o orçamento consiste em um instrumento para a realização dos fins do Estado,[15] devendo ser compreendido como um meio de implementação das imposições constitucionais e expressão do planejamento das políticas públicas a serem realizadas pelo Estado.[16]

Sob esta ótica, o orçamento deve ser visto como o patrimônio do Estado e sua destinação prioritária é o atendimento dos direitos fundamentais sociais. O referido é instrumento para a realização dos objetivos do Estado, daí o seu caráter programático.[17]

Neste diapasão, o orçamento é peça importante de controle e de planejamento, mas não consegue responder às demandas sociais de forma absolutamente vinculada à lei. A discricionariedade de que é dotada a execução orçamentária é instrumento de racionalidade administrativa, já que seria impossível antever, normalmente, todas as hipóteses de revisão do orçamento, como o são a anulação de rubricas, a suplementação de outras, a não realização de determinadas despesas e contingenciamento de empenhos. Isso ocorre porque o orçamento é dinâmico.[18]

Contudo, a dinamicidade conferida ao orçamento não depende do alvitre do administrador, pelo contrário, tem por esteio a obrigatoriedade de atendimento do interesse público, ou seja, de maior satisfatividade dos objetivos da República.[19]

Percebe-se que, sem a valorização da função constitucional dos orçamentos, não se vislumbra futuro próspero para os objetivos da República, já que é aparentemente impossível governar com eficiência sem planejar, e planejamento pressupõe respeito às previsões de receita e despesa estipuladas nas peças orçamentárias.[20]

A partir desta noção, constata-se que a

14 GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos* – direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

15 CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a reserva do possível: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 234.

16 AVELINE. Paulo Vieira. *Segurança pública como direito fundamental*. Dissertação (Mestrado) – PUC. Rio Grande do Sul, 2009, mimeografado, *passim*.

17 CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 172.

18 PINTO, Élida Graziane. Contingenciamento de despesas e esvaziamento do controle legislativo sobre a execução orçamentária. *In*: FORTINI, Cristina; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). *Políticas públicas*: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 73.

19 Aqui se insere o profícuo debate sobre a falta de recursos da Administração. Caberá a esta não apenas alegar, mas provar a escassez de suas verbas. Tal posição é consolidada no verbete sumular 241 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ao prever que "cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas pela Constituição."

20 JACOB, César Augusto Alckimin. A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 257.

reserva do possível[21] não pode ser considerada como um óbice absoluto à realização de políticas públicas voltadas para a concretização do direito fundamental, impondo apenas que essa concretização seja feita à luz do contexto fático e normativo e mediante um juízo de ponderação, fazendo prevalecer, na medida do necessário, as imposições constitucionalmente mais relevantes.[22]

Tal análise revela-se de nodal importância, pois, frequentemente, a reserva do possível leva o Judiciário à condenação da Administração a duas obrigações de fazer: a inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da obrigação e a obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação,[23] o que transparece a necessidade de sua análise comprometida, e não puramente abstrata.

3. Efetividade dos direitos fundamentais sociais por meio das políticas públicas

Políticas públicas, segundo Maria Paula Dallari Bucci, são programas de ação governamental que visam a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.[24]

Nesta senda, importa diferenciar política de Estado e políticas de governo.

Por políticas de Estado entendem-se aquelas previstas no texto originário da Constituição Federal, bem como aquelas oriundas de suas modificações posteriores, por exemplo, por Emenda Constitucional.

Já políticas de governo são aquelas definidas como "arranjos institucionais complexos", expressos em estratégias ou programas de ação governamental, que resultam de processo juridicamente regulados, com a finalidade de adequar meios e fins. Estas devem estar em conformidade com o direito fundamental que pretendem realizar, cada qual na sua própria dimensão.[25]

Acrescente-se, ainda, que a noção de políticas públicas pode ser centralizada em três elementos: (*i*) a busca por metas, objetivos ou fins; (*ii*) a utilização de meios ou instrumentos legais; e (*iii*) temporalidade, ou seja, o prolongamento no tempo.[26]

As políticas públicas devem objetivar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessária à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o alcance dos resultados,[27] pois as normas programáticas dão conformação às políticas públicas de variadas espécies e objetivações.[28]

Em outras palavras: as normas constitucionais da ordem social delimitam políticas

21 A reserva do possível fática é definida, por Daniel Sarmento, como a efetiva disponibilidade dos recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional, enquanto os componentes jurídicos se relacionam à existência da autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos. Cf. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos-jurídicos. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 569.

22 AVELINE. Paulo Vieira. *Segurança pública como direito fundamental*. Dissertação (Mestrado) – PUC. Rio Grande do Sul, 2009, mimeografado, *passim*.

23 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 138.

24 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

25 *Idem*. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. *In*: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio Cesar dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). *Políticas públicas*: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 251.

26 SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. *Revista de Informação Legislativa*, n. 158, v. 40, p. 267-268.

27 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (coord.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

28 GARCIA, Maria. Políticas públicas e normas programáticas: a efetividade da constituição, administração pública e o estado de direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 76, p. 102.

públicas vinculantes para o administrador, que visam ao efetivo exercício dos direitos sociais para a realização da Constituição Federal, sendo o seu descumprimento inconstitucional e ilegal.[29]

A necessidade de adoção de políticas públicas pelo Estado para a efetivação dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal é inexorável, diante do reconhecimento da supremacia, da força vinculante e da aplicação imediata das normas constitucionais. Por esses motivos, revela-se crescente o entendimento de que os Poderes do Estado deverão agir, sempre que possível, no sentido de viabilizá-las, podendo o Judiciário promover o seu respectivo controle, inclusive em casos de omissões estatais.[30]

Frise-se que a concretização dos direitos fundamentais, a partir de políticas públicas infraconstitucionais, passa, inicialmente, pela análise da compatibilidade entre tais políticas e o sistema constitucional de proteção aos direitos fundamentais e, nesse contexto, pode-se depreender que as políticas públicas definidas legislativamente, num espaço de democracia participativa, devem otimizar os mandamentos constitucionais fundamentais, favorecendo a sua aplicabilidade imediata e impondo aos Poderes Públicos a impossibilidade de retrocesso social em termos daquilo que já foi alcançado e o dever de progresso para alcançar novas possibilidades de concretização.[31]

Com isso, observa-se que os resultados das políticas econômicas não dependem apenas de sua coerência econômica, mas também de sua viabilidade política e das opções institucionais.[32]

É fundamental a combinação dos sistemas de democracia representativa e participativa, a fim de permitir uma ampliação do debate acerca da legitimidade das políticas públicas, especialmente quando o seu conteúdo depende de uma avaliação prospectiva que veiculará as gerações presentes e futuras.[33]

Destaca-se, ainda, que os insucessos da execução de uma política pública servirão como elementos para a formação das políticas futuras.[34-35]

Em suma, necessário se faz ao Estado privilegiar os direitos fundamentais de segunda dimensão em seu programa político, como o determinou o constituinte originário, possibilitando, por conseguinte, o próprio exercício dos direitos fundamentais de primeira dimensão, pois, desta forma, poder-se-á pensar em uma sociedade plural e respeitadora da dignidade humana.[36]

29 FRISCHEISEN, Luísa Cristina Fonseca. *Políticas públicas* – a responsabilidade do administrador e o ministério público. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 146-150.

30 PASSOS, Aline Araújo. Ações coletivas e implementação de políticas públicas para a tutela de direitos fundamentais. *In*: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional* – direito humanos & direitos fundamentais. Salvador: JusPodium, 2010, p. 485.

31 *Ibidem*, p. 485.

32 BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do estado. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 144.

33 APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1. ed. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2006, p. 234.

34 *Ibidem*, p. 167.

35 A este respeito, vale salientar que um dos princípios norteadores da formulação das políticas públicas é o, assim denominado, *trial and error*, segundo o qual a Administração Pública deve estar constantemente avaliando as consequências práticas das suas normas jurídicas. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito de avaliação e eventual declaração de comercialidade da descoberta realizada no BC-400. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 249, p. 201-243, set. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4099>. Acesso em: 30 maio 2014. Para um estudo específico sobre o assunto, confira-se: MORAND, Charles-Albert. *Le droit néo-moderne des politiques publiques*. Paris: LGDJ, 1999. Frise-se que tal princípio deve ser coadunado com o *princípio da retroação na má gestão*, o qual permite assegurar os efeitos de aprendizagem e correção de erros, necessários em toda organização, implicando em possibilidade de flexibilização de regras administrativas, além de autonomia dos administradores para modificar suas próprias regras, em razão de seus resultados e de sua própria avaliação. Cf. CASTELLS, Manuel. Para o estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. *In*: BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Orgs.). *Sociedade e estado em transformação*. Brasília: Enesp, Enap e Imprensa Oficial, 1999.

36 REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão. Notas acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais como limite

3.1 Os direitos fundamentais sociais na elaboração da lei orçamentária (discricionariedade política *versus* vinculação constitucional)

Conforme outrora enunciado, o grau de sucesso de uma política pública depende da combinação dos modelos representativo e participativo de democracia, os quais devem funcionar de modo complementar, garantido a legitimidade das decisões governamentais através de mecanismos que aproximem governantes e governados em torno do núcleo da Constituição, qual seja, os direitos fundamentais.[37]

Uma vez formuladas, a execução das políticas públicas depende da prática de atos administrativos.

Comumente, a doutrina classifica os atos administrativos que implementam políticas públicas como sendo discricionários.

A este respeito, impõe ressaltar que discricionariedade é a margem de "liberdade" que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.[38]

O poder[39] discricionário reflete um dever de agir, ou seja, o poder e o dever de escolher a conduta mais adequada à satisfação do interesse público, [40-41] visado pela norma jurídica e considerado um conceito jurídico indeterminado.[42]

Ressalte-se que o administrador não é livre para classificar o que seria bem público sem nenhum parâmetro, devendo pautar a sua ação pelos princípios[43] que inspiram o bem comum, além de sujeitar-se ao devido controle.[44]

Sem embargo, frente ao princípio da eficiência, os administradores não mais podem escolher de maneira aleatória entre várias opções disponíveis, pois o caso concreto poderá demonstrar que somente uma dentre as soluções possíveis é a melhor, ou seja, mais adequada ao princípio da eficiência.[45-46]

à discricionariedade. *In*: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 362.

37 APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1. ed. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2006, p. 167.

38 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 585.

39 "Somente se admite fala-se em 'poder' como instrumento voltado à satisfação dos interesses públicos". Cf. TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. *In*: GARCIA, Emerson. *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 155.

40 "O conceito de interesse público reside nos direitos fundamentais e na sua efetividade." Cf. REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão. Notas acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais como limite à discricionariedade. *In*: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 371.

41 CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. *In*: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 41.

42 BOSCO, Maria Goretti Dal. *Discricionariedade em políticas públicas*: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa. Curitiba: Juruá, 2008, p. 375.

43 Por isso, parte da doutrina prefere sustenta que o administrador possui a sua atuação pautada pela juridicidade administrativa, e não mais pela legalidade administrativa. Neste sentido, confira-se: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Perfilhando tal tese, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que "a ação do Poder Judiciário, que não poderá cingir-se ao exame puramente formal da lei e do ato administrativo, pois terá que confrontá-los com os valores consagrados como dogmas na Constituição.". Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 173.

44 ACKEL FILHO, Diomar. Discricionariedade administrativa e ação civil pública. *Revista dos Tribunais*, n. 657, p. 55.

45 TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. *In*: GARCIA, Emerson. *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 128-129.

46 Eficiência deve ser entendida como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen

Assim, a necessidade de otimização, contida no princípio da eficiência, é requisito de validade jurídica da atuação administrativa.[47]

Ademais, a discricionariedade titularizada pelo agente público corrobora esta tese, pois é a mais completa prova de que a lei sempre impõe o comportamento ótimo, ou seja, quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal.[48]

Além do mais, a lei está impossibilitada de contemplar todas as situações fáticas que possam ocorrer no seio das coletividades, sendo certo que não se pode negar que a incumbência de definir a opção por uma dentre várias condutas legítimas e possíveis não pode pertencer a ninguém senão à Administração.[49]

Tendo como norte o princípio da eficiência, impõe-se destacar que a discricionariedade, conquanto poder legítimo da Administração, só pode ser exercida dentro de determinados limites,[50] pois, em que pese ser inconcebível o desempenho da função administrativa sem considerar a necessidade de terem seus agentes a prerrogativa da discricionariedade, é necessário que a lei disponha parâmetros de atuação, sob pena de tornar a sua atuação arbitrária.

Inclusive, deve-se atentar para a diferença entre arbitrariedade e discricionariedade que, em verdade, são conceitos antagônicos. Explica-se.

Os atos arbitrários são desprovidos de motivação ou os motivos expostos são inexistentes ou insuficientes. Já os atos discricionários são caracterizados pela opção do legislador de permitir a realização de escolhas na atuação administrativa, destinada a satisfazer com a máxima precisão o escopo da norma que outorgou tal liberdade.[51] O que marca a classificação de um ato como sendo discricionário é justamente esta possibilidade de escolha prevista na lei, não se tratando apenas de uma possibilidade de fato, mas também de direito.[52]

Destaque-se que não existe, no Estado Democrático de Direito, lugar para decisões frutos de poder arbitrário.

Insta destacar, ainda, que a vinculação dos agentes administrativos aos termos empregados pela lei apresenta uma variação meramente gradual. Por isso, o ato administrativo "vinculado" não possui uma natureza diferente do ato "discricionário", sendo a diferença no grau de liberdade de decisão concedida pelo legislador quantitativa, mas não qualitativa.[53]

Nesta quadra, atualmente, são questionadas as próprias categorias de discricionariedade e vinculação, as quais seriam substituídas pela ideia de graus de vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico, já que não existe ato em tese totalmente discricionário, nem totalmente vinculado.[54-55]

Juris, 2009, p. 297.

47 TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. *In*: GARCIA, Emerson. *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 129.

48 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 10. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 32.

49 CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. *In*: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 41.

50 *Ibidem*, p. 41.

51 TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. *In*: GARCIA, Emerson. *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 155.

52 BOSCO, Maria Goretti Dal. *Discricionariedade em políticas públicas*: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa. Curitiba: Juruá, 2008, p. 371.

53 KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista ESMAFE* – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, v. 8, p. 184-185.

54 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 618.

55 Sobre o tema, confira-se ainda: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Tal proposta coaduna-se com a premissa de que tanto o administrador como o julgador tem o dever de motivar os seus atos, exatamente em face da inafastável margem de subjetividade no mais vinculado dos atos, assim como em face da necessidade de tornar vinculada a sua atuação ao sistema, ainda quando se admitam, legalmente, os juízos de equidade ou de conveniência.[56]

Nota-se que o ato político é, na realidade, um ato administrativo,[57] incumbindo ao Poder Judiciário investigar o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição.[58]

Diante desta constatação, revela-se possível a responsabilização por ato legislativo na elaboração de políticas públicas. Explica-se.

A ausência de fiscalização do Poder Legislativo diante de grave distorção de investimentos em áreas prioritárias para o país, durante a discussão do projeto da lei orçamentária, pode acarretar a responsabilidade do Parlamento, também, pela aplicação ineficiente dos recursos públicos pela Administração, a qual, afinal, não decidiu sozinha acerca da programação orçamentária.[59]

Ademais, é possível que haja perda de função pelo agente político por ato de improbidade na definição e execução de políticas públicas, diante do previsto no artigo 11, *caput*, da Lei nº 8.429/1992, que dispõe sobre a tipificação do ato de improbidade por inobservância dos princípios constitucionais que orientam a Administração Pública, no caso brasileiro, contemplados no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. A interpretação deste e de outros dispositivos da Lei de Improbidade, de forma sistemática e conforme a Constituição, especialmente com as suas normas programáticas e com o "Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais" nos quais sobressai o compromisso do aludido com a dignidade da pessoa humana, pode ser capaz de sancionar atuação administrativa que mal direciona e mal executa as políticas públicas, resultando disto a perda de função do agente público e a suspensão de seus direitos políticos, além de outras penalidades estabelecidas pela norma especial.

Todo o ato, neste campo, que não esteja voltado, enquanto dever do Estado, para garantir os direitos fundamentais e sociais, cujo defeito é causado por decisões viciadas de imoralidade ou de ineficiência, ou que lesem outros princípios orientadores da Administração, pode ser concebido como ato de improbidade, a partir da avaliação da conduta com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade."[60]

Esta constatação deriva do fato de que, apesar dessa margem de manobra que possuem, nem o Executivo nem o Legislativo podem deixar de realizar um mínimo programa de governo previamente traçado pelo constituinte originário em busca da consagração da dignidade da pessoa humana. Nesse aspecto, não há margem a qualquer discricionariedade, estando vinculados os Poderes legitimados pelo voto popular. Esse caminho natural e democrático, entretanto, apresenta dificuldades decorrentes da falta de compromisso das maiorias eventuais com a efetivação dos direitos fundamentais, exigindo a intervenção dos mecanismos de controle previstos na Constituição, dentre os quais se insere a atuação do Ministério Público que, não encontrando uma solução extrajudicial, acaba por demandar em juízo o restabelecimento do respeito à Constituição.[61]

56 FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 140.

57 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 413.

58 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 129.

59 BOSCO, Maria Goretti Dal. *Discricionariedade em políticas públicas*: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa. Curitiba: Juruá, 2008, p. 424.

60 *Ibidem*, p. 426-427.

61 AGUIAR, Cláudio Tenório Figueiredo. O ministério público e a implementação de políticas públicas – dever

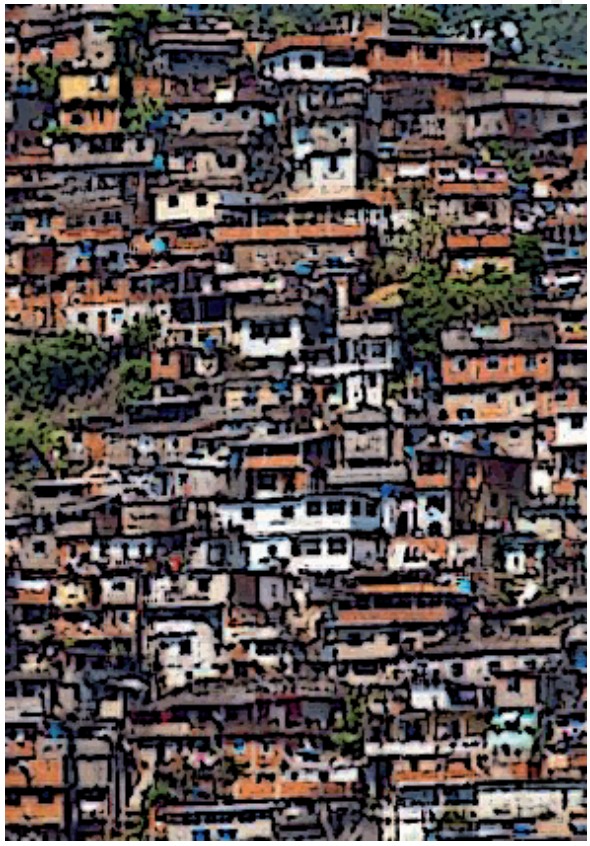
Frise-se que há uma preferência *prima facie* das normas que instituem direitos fundamentais quando colidem com outras que assegurem interesses e bens jurídicos distintos.[62]

Ronald Dworkin vai mais além: afirma que os direitos fundamentais, por valerem como "trunfos" diante de outros interesses e de cálculos de utilidade social, sempre prevaleceriam sobre outros bens.[63]

Neste estudo, considera-se mais adequada a posição defendida por Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto ao afirmarem que, no constitucionalismo social, não se concebe as pessoas como indivíduos isolados perseguindo apenas os seus próprios interesses. Assim, segundo os autores, restrições a direitos podem se afigurar essenciais para a implementação de objetivos constitucionais, que, em última análise, também se voltem à tutela da pessoa humana.

Contudo, da proteção ultrarreforçada dada pela Constituição aos direitos fundamentais e de uma compreensão adequada da dignidade da pessoa humana, que não concebe os indivíduos como meros componentes de um corpo coletivo maior, cujos interesses possam ser facilmente sacrificados em favor de algum suposto "bem comum", pode-se extrair prioridade *prima facie* dos direitos fundamentais em face de outros interesses constitucionais.

Dentre os direitos fundamentais, há uma preferência *prima facie* dos direitos e liberdades existenciais, dos ligados à garantia dos pressupostos da democracia e das condições essenciais de vida sobre aqueles de con-



teúdo meramente patrimonial ou econômico. Esta prioridade pode também ser inferida do nosso sistema constitucional, bem como de uma teoria moral e política razoável, que "leva a sério" o imperativo da promoção da justiça social no cenário de uma sociedade profundamente desigual.[64]

Assim, os direitos prestacionais previstos na Constituição e nas leis, e mesmo outros que defluam de imperativo existencial, devem ser implementados; e somente não o serão diante da total ausência de recursos financeiros, ou da demonstração suficiente de que os recursos empregados na realização da prestação pretendida farão falta a outras prestações, igualmente certas, prioritárias e urgentes.[65]

institucional de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. *In*: VILLELA, Patrícia (Coord.). *Ministério público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 8.

62 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. 1. ed. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 526.

63 DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, *passim*.

64 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. 1. ed. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 526.

65 GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omis-*

Nesta linha, constata-se que um direito fundamental só é passível de restrição em conflito com outro direito fundamental de igual ou superior relevância (concretamente estabelecida), a partir de uma ponderação de interesses orientada pelos critérios de razoabilidade e da proporcionalidade. Quanto maior a restrição de determinado direito, maior deve ser a realização do outro.[66]

Assim, "antes de os finitos do recurso do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do Poder."[67]

4. Controle jurisdicional de políticas públicas

Conforme visto acima, a presença de discricionariedade no ato administrativo não implica em insindicabilidade pelo juiz. Ao revés, significa que sua análise ocorrerá sempre com base nas máximas da proporcionalidade, feita com critérios fáticos e jurídicos, dentro de uma compreensão adequada dos direitos fundamentais.[68]

No Estado Democrático de Direito, o Judiciário, como forma de expressão do Poder Estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal.[69]

Não ocorrerão efetivas mudanças sem a participação do Poder Judiciário, principalmente na qualidade de controlador da Administração Pública, fiscalizando o gasto responsável do dinheiro público, o que significa sua utilização voltada aos fins maiores do Estado.[70]

Neste diapasão, percebe-se que o controle da constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário não se faz apenas sob o prisma da infringência frontal à Constituição pelos atos do Poder Público, mas também por intermédio do cotejo desses atos com os fins do Estado.[71]

A judiciabilidade das políticas públicas significa que o juiz deverá submeter a escolha ou mesmo a omissão do administrador público ao crivo dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, que, em última análise, são também direitos transindividuais, para só então concluir se a escolha política é compatível com as prioridades eleitas pelo constituinte.[72]

Nada obstante, a possibilidade de controle judicial é viabilizada justamente, porque é atribuição do Poder Judiciário não apenas à proteção dos direitos fundamentais, mas também a sua efetiva promoção.[73]

sões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 400.

66 OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. Repensando o estado constitucional: controle judicial de políticas públicas através da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 8, n. 59, p. 128-129.

67 FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 74.

68 ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 61.

69 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 129.

70 JACOB, César Augusto Alckimin. A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 263.

71 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 129.

72 ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 321.

73 CORTÊZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de*

Comumente, na doutrina e na jurisprudência, são propostos requisitos para que o Judiciário intervenha legitimamente em políticas públicas. São eles: (*i*) estar sendo discutida prestação ligada ao mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (*ii*) a razoabilidade da pretensão individual-social deduzida em face do Poder Público; e (*iii*) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.[74-75]

Inobstante a existência de tais critérios, certo é que a necessidade de adoção de políticas públicas pelo Estado para a efetivação dos direitos fundamentais na Constituição consagrados é inexorável, devendo os Poderes do Estado agir, sempre que possível, no sentido de viabilizá-las, podendo o Judiciário promover o seu respectivo controle, inclusive em casos de omissões estatais.[76]

Frise-se que é para a implementação dos direitos fundamentais que se deve orientar a atividade administrativa estatal no campo das políticas públicas. Certo é que a escolha de como se atingir tais metas cabe ao administrador, e, justamente, nesse ponto, residiria alguma discricionariedade. Contudo, ao não atender tais metas minimamente, seja por não adotar qualquer política pública de efetividade dos direitos fundamentais, seja por adotar políticas claramente deficitárias, privilegiando outras metas que não as constitucionalmente estabelecidas, poderá incidir o controle jurisdicional, preservando-se a própria força normativa da Constituição.[77]

Assim, havendo dúvida, por exemplo, em destinar os sempre escassos recursos públicos em prol da efetivação de um direito de cunho defensivo ou de um direito à prestação em sentido estrito, deve a escolha ou opção pender em favor do direito cuja não realização, no caso específico, revele-se mais violadora da dignidade da pessoa humana.[78]

A este respeito, vale a utilização da emblemática hipótese formulada por Rodolfo Camargo Mancuso, tratando de caso em que a Administração de pequena cidade, carente de investimentos em setores prioritários, como educação básica e infraestrutura em águas e esgotos, venha a comprometer o erário em obra de mero embelezamento. Veja-se que, embora para tal realize prévia concorrência, com observância dos quesitos legais, o ato mostrar-se-á, inobstante, vulnerável sob os prismas da oportunidade, da moralidade administrativa, da defesa do erário, e, em suma, no tocante à sua legitimidade substancial, como um todo, sendo devido o seu controle pelo Poder Judiciário.[79]

Outro exemplo que merece análise é o exposto por Ada Pellegrini Grinover, segundo o qual: a Prefeitura decide construir um hospital num bairro pobre que não tem saneamento básico, sendo que em bairro próximo existe outro hospital. Ambas as prestações estão intimamente ligadas ao mínimo existencial, mas qual deveria prevalecer? A autora propõe, com o que se afigura correto, que deveria se utilizar o critério da razoabilidade, a fim de corrigir uma política pública

políticas públicas. São Paulo: Forense, 2011, p. 305.

74 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 132.

75 Evidente que a ampliação do controle jurisdicional não há de levar à substituição do administrador pelo juiz. Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. *In*: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 89.

76 PASSOS, Aline Araújo. Ações coletivas e implementação de políticas públicas para a tutela de direitos fundamentais. *In*: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional* – direito humanos & direitos fundamentais. Salvador: JusPodium, 2010, p. 485.

77 REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão. Notas acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais como limite à discricionariedade. *In*: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 371.

78 GOMES, Joaquim B. Barbosa. Prefácio. *In*: DUARTE, Leonardo de Farias. *Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

79 MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 723.

equivocada.[80]

Uma vez preenchidos os critérios propostos para o controle judicial de políticas públicas, estes passam a ser analisados sob os seguintes enfoques: (*i*) inexistência; (*ii*) deficiência;[81] (*iii*) extinção; e (*iv*) retrocesso.[82]

Constatado que uma determinada política pública ou a inexistência dela ofende os direitos fundamentais, o julgador não poderá impor a solução ao administrador público responsável pela implementação das medidas; deverá, ao contrário, impor a ele que apresente um plano de ação para sanar a ofensa e negociar com ele a solução mais adequada e a que menos prejuízos causa às demais políticas e programas em curso.[83]

Neste passo, ao exercer o controle de políticas públicas, por violação estatal dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário realinha a conduta das demais formas de expressão do Poder Estatal ao princípio da igualdade substancial, traduzido no artigo 3º da Constituição da Federal.[84]

Mais uma vez, repete-se a análise de pertinência e da compatibilidade entre a política de Estado originária e as alterações introduzidas posteriormente, bem como entre as políticas de governo e a política de Estado sempre tendo como referência o direito fundamental, é atribuição típica do Poder Judiciário, órgão estatal que deve dizer o direito, por desejo expresso do próprio legislador constituinte.[85]

Merece registro, ainda, que, em havendo divergência sobre se uma determinada política pública é constitucionalmente prioritária, a decisão final será do Poder Judiciário, guardião da Constituição da República, não funcionando, portanto, tal divergência como óbice à sindicabilidade das políticas públicas sociais.[86]

Em suma, deve o Poder Judiciário, como guardião maior da Constituição, possibilitar a prevalência das escolhas feitas pelo real detentor do Poder, o Povo, opções estas perenes com o ideal constitucional e, não, meramente ocasionais, as quais, embora possam estar fundadas em suposta "discricionariedade", jamais podem contrariar ou desatender à Lei Fundamental.[87]

A análise deste tipo de problema sugere sempre o método da proporcionalidade da ponderação para sua resolução, pois existe uma clara colisão de direitos fundamentais. De um lado, o direito fundamental da Administração Pública de exercer sua discricionariedade na persecução do interesse público e, de outro, os direitos dos indivíduos a terem o seu direito fundamental social efetivado da forma mais eficiente. O que importa, nessa senda, é justamente notar que a questão não

80 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 133.

81 A ação civil pública não se presta para criação de normas de direito material. Entretanto, pode ter por objeto a obrigação de fazer ou não fazer, a respeito de uma política pública que, inobstante está atrelada a um dever discricionário, devendo se pautar pelo razoável e pelo eficiente, ambos os princípios constitucionalmente previstos, além de todos os demais, também aplicáveis à Administração Pública. Violado esse objetivo, possível será o controle pela ação civil pública. Cf. FRANCO, Fabio Luis; MARINS, Antônio Darienso. A ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas – cabimento e admissibilidade. *Revista Jurídica CESUMAR*, v. 3, n. 1, p. 340.

82 OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. Repensando o estado constitucional: controle judicial de políticas públicas através da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 8, n. 59, p. 127-128.

83 JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas* – concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: Juspodium, 2009, p. 156.

84 CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a reserva do possível: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 235.

85 FRANÇA, Giselle de Amaro e. *O poder judiciário e as políticas públicas previdenciárias*. Dissertação (Mestrado) – USP. São Paulo, 2010, mimeografado.

86 REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão. Notas acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais como limite à discricionariedade. *In*: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 371.

87 *Ibidem*, p. 376.

gira em torno da admissibilidade, mas do mérito, cabendo ao Poder Judiciário a verificação, no caso concreto, segundo condicionantes fáticas (necessidade e adequação) e jurídicas (proporcionalidade em sentido estrito).[88]

Saliente-se que inútil será o reconhecimento de um dever constitucional de ação administrativa articulada através de políticas públicas como caminho de efetividade da dimensão objetiva dos direitos fundamentais,[89] se estas não se revelarem efetivamente úteis ao desvelamento, em favor da cidadania de quais sejam os caminhos e propósito do agir do Poder. Caminhar, portanto, no sentido da construção de políticas públicas conhecidas, consistentes, e democraticamente construídas, é trilhar não só a rota do desiderato constitucional, mas da emancipação da cidadania, reconciliando a Administração com o seu propósito original, que é, considerando seu compromisso com os direitos fundamentais, servir a esta mesma coletividade.[90]

Dessa forma, é possível o controle judicial da eficiência da atuação administrativa, afinal não se pode conceber um dever sem um direito correspondente, ou seja, não é admissível que a Administração Pública tenha o dever de eficiência sem um remédio jurídico correspondente capaz de exigir uma atuação eficaz, voltada a um melhor atendimento do interesse público.[91]

Frise-se que a atividade administrativa é unicamente vocacionada à satisfação de interesses públicos, sofrendo direcionamento a partir dos direitos fundamentais. O reconhecimento da discricionariedade administrativa, a aplicação pelo legislador de conceitos jurídicos indeterminados, reclama direta associação com a Carta de Direitos Fundamentais, porquanto não haverá sopesamento justo que conduza à prevalência do ato administrativo em detrimento do direito fundamental. Vergastando liberdade concedida pelo legislador, não é válida a atuação discricionária que ignore o comando anterior vertido da Carta de Direito. Em verdade, quanto mais tênue for a vinculação à lei, por isso, mais forte será a vinculação aos direitos fundamentais.[92]

4.1 Limites à atuação do Judiciário: *standards*

De plano, é importante destacar que o Poder Estatal não é tripartido, e sim uno. A tripartição só pode ser vista em relação à função de cada ente.[93]

A divisão de funções entre os órgãos do Poder, bem como a sua independência não podem ser consideradas como absolutas. Há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.[94]

A atuação independente e harmônica dos Poderes exige que sejam consideradas suas respectivas áreas de competência predominante, a fim de que haja controle recí-

88 ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 54.

89 Acerca da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, confira-se: "a dimensão objetiva decorre do reconhecimento de que os direitos fundamentais consagram os mais importantes valores partilhados numa comunidade política". Cf. SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. *In*: BINENBOJM, Gustavo. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XII (Direitos Fundamentais), p. 331.

90 VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 165.

91 TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. *In*: GARCIA, Emerson. *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 129.

92 ROSA, Marcio Fernando Elias. Discricionariedade e moralidade administrativa. *In*: GARCIA, Emerson. *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 173.

93 FRANCO, Fabio Luis; MARINS, Antônio Darienso. A ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas – cabimento e admissibilidade. *Revista Jurídica CESUMAR*, v. 3, n. 1, p. 311.

94 SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 97.

proco e se dê maior efetividade aos direitos fundamentais.[95]

Os deveres de proteção aos direitos fundamentais serão levados a sério quando a independência e harmonia entre os Poderes forem capazes de gerar independência e harmonia para as minorias excluídas do acesso aos direitos fundamentais mais básicos, num caminho necessário à conquista da sua própria condição humana.[96]

Destarte, a harmonia e independência convertem-se em interdependência e cooperação entre os órgãos de soberania (Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública) na busca de objetivos comuns, constitucionalmente definidos, tendo o destinatário da norma constitucional importante papel no seu processo de construção, interpretação e concretização.[97]

Assim, a tutela jurisdicional controlando a constitucionalidade das políticas públicas não representa uma interferência indevida que contrarie a regra da divisão dos Poderes. É sabido que a harmonia dos Poderes exige uma interdependência recíproca.[98]

Não fosse o suficiente, no sistema jurídico brasileiro, vigora o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, e os direitos sociais, como direitos fundamentais, devem merecer a adequada proteção do Judiciário, diante do arbítrio ou do descaso do legislador.[99] Além disso, a garantia de universalidade da jurisdição, prometida solenemente pelo inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República, exige que se reconheçam raríssimos espaços de limitação ao controle inafastável, pelo Poder Judiciário, dos atos administrativos.[100]

Dentro dessa consideração, verifica-se que o Judiciário, quando interfere na avaliação de determinados interesses públicos e sociais, o faz na sua condição legítima de órgão revisor da violação de direitos subjetivos e coletivos que deles derivam. Participa assim, como Poder, da persecução ao objetivo do bem comum, impedindo qualquer desvio administrativo nesse caminho.[101]

Entretanto, há necessidade de que se examine muito cuidadosamente esta situação quando se está diante de atos praticados pelo magistrado, sob pena de, em última análise, passar a imperar um insustentável clima de arbitrariedade e uma verdadeira ditadura do Poder Judiciário.[102] Por isso, revela-se de nodal importância a utilização de critérios para legitimar a intervenção na seara das políticas públicas.

Ademais, o controle judicial de políticas públicas pode ser concebido como um dever-poder, pois os órgãos judiciais, quando efetivam direitos fundamentais ou controlam políticas públicas, atuam como agentes políticos, devendo aplicar a Constituição e as leis dentro da reserva da consistência,[103] a fim de

95 CORTÊZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 305.

96 OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. Repensando o estado constitucional: controle judicial de políticas públicas através da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 8, n. 59, p. 130.

97 *Ibidem*, p. 131.

98 ACKEL FILHO, Diomar. Discricionariedade administrativa e ação civil pública. *Revista dos Tribunais*, n. 657, p. 56.

99 SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. *In*: SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 227.

100 Voto vencido do Desembargador Relator Alexandre Freitas Câmara no julgamento da Apelação Cível nº 0193579-61.2007.8.19.0001, em sessão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro realizada em 15/08/2012, p. 9-11.

101 ACKEL FILHO, Diomar. Discricionariedade administrativa e ação civil pública. *Revista dos Tribunais*, n. 657, p. 56.

102 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Limites à chamada "discricionariedade" judicial. *Revista de Direito Público,* n. 96, v. 24, p. 157.

103 "Por reserva da consistência, entende-se que o Judiciário, ao proceder à interpretação judicial, deve apresentar argumentos substanciais de que o ato ou a omissão do agente público é incompatível com a Constituição." Cf. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e

não se eximirem da responsabilidade política e social de suas decisões.[104]

Não fosse o suficiente, atualmente, a democracia vive uma crise de representatividade sem precedentes.[105] Aqueles que deveriam assumir o papel de representantes do povo acabam por representar interesses particulares de grupos, corporações e afastam-se da *volunté generale*. Nessa quadra, o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário não só é possível, mas é também exigível. A decisão judicial não mais se concebe como fruto da vontade julgadora, resultante do livre convencimento motivado, mas como resultado de um discurso racional democrático, onde atuam, diretamente, no caso específico do controle das políticas públicas, os Poderes Públicos e os representantes da sociedade e, indiretamente, toda a sociedade por meio do diálogo que se estabelece entre toda a coletividade por intermédio das decisões judiciais dos mais diversos órgãos jurisdicionais, juízes, Tribunais de Segunda Instância e Cortes Superiores.[106]

Desta forma, é possível concluir que o adequado controle da Administração Pública é aquele que gera um efetivo desenvolvimento social do cidadão como partícipe de uma estrutura jurídica montada para atender aos seus anseios de paz e de evolução pessoal e intersubjetiva.[107]

Assim, quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e Tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, bem como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor a eles sua própria valorização política.[108]

Certo é que essa deferência do Judiciário com as decisões administrativas, muito mais do que uma invocação de figuras como discricionariedade e vinculação, será tanto maior quanto mais estiverem presentes elementos como: (*i*) capacidade institucional do órgão emissor do ato (capacidade técnica, independência, etc.); (*ii*) baixa densidade normativa da norma a ser aplicada; consequências gerais e futuras (prospectivas), para quem não é parte naquele específico

protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 312.

104 *Ibidem*, p. 311.

105 Tal assertiva pode ser facilmente observada pela análise das manifestações da população brasileira em várias capitais brasileiras, no fim do mês de junho de 2013, em que se rejeitou a presença de Partidos Políticos, bem como apresentava como uma de suas bandeiras o combate à corrupção atrelada aos agentes eleitos, bem como a não aprovação da intitulada "PEC 37", que retira do Ministério Público o poder investigatório, fato este que dificultaria a investigação, principalmente, de políticos. Inclusive, dos demais objetos das referidas manifestações, extrai-se justamente o tema deste estudo a aplicação primordial das verbas públicas para a implementação dos direitos fundamentais intimamente ligados ao núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, quais sejam, à guisa de exemplo, saúde e educação. No que se refere à expressão núcleo essencial vale ressaltar que Jane Pereira Gonçalves Reis prefere a expressão "limites dos limites", que a define como sendo "as várias restrições que as ordens constitucionais prescrevem como condições de legitimidade da atividade legislativa na seara dos direitos fundamentais." Para a autora, tratar-se-ia "de um conjunto de regras processuais ou metodológicas que defluem do caráter supremo e vinculante das disposições de direito fundamental e do princípio do Estado de Direito". Cf. PEREIRA, Jane Gonçalves Pereira. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais* – uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 507. "A partir desta premissa, percebe-se que o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais." Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites dos limites. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 243.

106 JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas* – concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: JusPodium, 2009, p. 166.

107 JACOB, César Augusto Alckimin. A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 249.

108 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial – direito e política no Brasil contemporâneo. *In*: BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 282.

processo, da decisão que vier a ser tomada; (*iii*) caráter técnico do ato sob controle; (*iv*) natureza colegiada da decisão; (*v*) grande identidade do caso concreto com a hipótese de incidência abstratamente prevista na lei; (*vi*) pouca magnitude dos direitos restringidos pela Administração; (*vii*) higidez do processo administrativo que o precedeu, inclusive se teve audiências ou consultas públicas, se estas tiverem participação significativa, se forem devidamente respondidas, etc.[109]

Frise-se que se o poder discricionário é um poder de decisão do modo como a Administração deverá adimplir seu dever, então, também na seara processual, à Administração compete esta escolha, o que está assegurado no artigo 325 do Código de Processo Civil vigente, que prevê a hipótese de ser possível o cumprimento da obrigação por mais de um meio, cabendo a escolha quanto ao modo do adimplemento à Administração-ré.[110]

Nessa toada, observa-se que "não seria lícito a uma parte, unilateralmente, arrogar-se por *ius eligendi* pertencente a outra."[111]

Essa perspectiva processual coaduna-se com a tese de Robert Alexy[112] de que é irrelevante a forma jurídica pela qual a prestação fática positiva é adimplida, desde que seja satisfeito o interesse contemplado pela norma.

Assim, a Administração, ré em uma ação inibitória, que objetiva o cumprimento de prestação social específica, independentemente da forma como foi elaborado o pedido, tem a oportunidade de manifestar na própria contestação o modo pelo qual pretende cumprir o dever em vista de competir-lhe a escolha por força da lei, que lhe confere poder discricionário. Senão desejar manifestar, desde logo, sua opção, pode reservar o uso desta faculdade para o momento de cumprimento da prestação, caso seja vencida na ação. Nesta segunda hipótese, o juiz deverá, em analogia ao que dispõe o artigo 800 do Código de Processo Civil vigente, fixar um prazo para que a demandada exerça a sua opção no momento em que ordenar o cumprimento do dever específico, dando ciência à parte que o não exercício da oportunidade no prazo determinado acarretará a escolha por parte da autora da ação.[113]

Inclusive, em matéria de adimplemento de direitos sociais, é adequado que a Administração apresente um plano para o cumprimento da obrigação pleiteada. Neste plano, devem ser discriminadas metas e prazos a serem cumpridos e demonstrados em juízo, sob pena das medidas de coerção do artigo 536 do Código de Processo Civil vigente.[114]

Frise-se que não poderá haver qualquer recusa, sob pena de: (*i*) sujeitar o administrador às penas do artigo 330 do Código Penal, em razão de ter incidido na prática do crime de desobediência; (*ii*) intervenção estadual no Município ou federal no Estado;[115] (*iii*) sujeitar o Presidente da República ao crime de responsabilidade, nos termos do disposto no artigo 85, VII, da Carta Constitucional;[116] e (*iv*) a aplicação de multa diária (*astreintes*) ou o título de ato atentatório ao exercício da jurisdição.[117]

109 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 621.

110 LINS, Liana Cirne. A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito do Estado*, n. 12. Rio de Janeiro: Renovar/ Instituto Ideias, 2008, p. 223-261.

111 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

112 ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 194 e ss.

113 LINS, Liana Cirne. A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito do Estado*, n. 12. Rio de Janeiro: Renovar/ Instituto Ideias, 2008, p. 223-261.

114 *Ibidem*, p. 223-261.

115 "A ação ou omissão do Chefe do Executivo que embargue o desfrute dos direitos sociais pode ensejar crime de responsabilidade, pois o art. 85, da Constituição configura como tal o atentado contra o exercício dos direitos sociais." Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 57.

116 ACKEL FILHO, Diomar. Discricionariedade administrativa e ação civil pública. *Revista dos Tribunais*, n. 657, p. 58.

117 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de



Ademais, insta destacar que "não basta mais ao exercício da jurisdição a mera intervenção através da expedição de ordens, é preciso acompanhar a efetivação das decisões."[118]

Da experiência norte-americana, extrai-se a adoção da figura do *office of the court, do receiver, do master, do administrator, dos committees* ou do comissário *ad acta* em sede de execução do provimento judicial. Nestes casos, o magistrado é auxiliado por leigo, com formação profissional específica, ao qual se confia a administração inclusive de órgãos públicos, sempre sob a orientação da Corte, mediante prestação de contas e sendo suscetível de revisão pelo juiz de qualquer ato por aquele praticado diante de requerimento do executado ou do exequente.[119]

Em razão desta necessidade de acompanhamento pelo juiz da execução dos julgados mais complexos, certas decisões chegaram a prever o encaminhamento pelo réu de relatórios sobre o andamento das providências adotadas, pois se percebe nestas decisões a preocupação em fazer com que complexidade de seu cumprimento, que, naturalmente, demandará algum tempo, não venha a acarretar a sua ineficácia. Pode-se afirmar que tal medida busca inspiração nas *structural injuctions* norte-americanas.[120]

5. Ações coletivas: contornos institucionais

Tradicionalmente, o Judiciário esteve voltado à resolução de disputas privadas. Com a introdução das ações coletivas em nosso sistema judicial, o Poder Judiciário passa a atuar sobre o interesse público, decidindo, entre vários interesses antagônicos na sociedade, qual deles deve prevalecer em uma dada situação concreta, tendo em vista os valores consagrados no sistema jurídico.[121]

E, justamente, as ações coletivas servem à litigação de interesse público, ou seja, servem às demandas judiciais que envolvam, para além dos interesses meramente individuais, aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade.[122]

Neste contexto, o processo deverá obedecer a um novo modelo com cognição ampliada, que permita ao magistrado dia-

políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 140.

118 *Ibidem*, p. 59.

119 TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos – perfis comparatísticos. Trad. Tereza Carreira Alvim. *Revista de Processo*, n. 59, ano 15.

120 GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 395.

121 SALLES, Carlos Alberto de. Existe um processo civil de interesse público? *Revista de Direito*, São Paulo: Universidade Ibirapuera, v. I, n. 2, nov. 1999, p. 31-32.

122 DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*: processo coletivo. v. 4. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011, p. 37.

logar com o administrador para obter todas as informações necessárias a uma sentença justa e equilibrada, que inclua o exame do orçamento e a compreensão do planejamento necessário à implementação da nova política pública. A sociedade deverá ser ouvida em audiências públicas, admitindo-se a intervenção de *amicus curiae*. Caberá ao magistrado, ainda, atentar para outras despesas que possam comprometer o mesmo orçamento, o que poderá ser feito pela reunião de processos em primeira ou segunda instância.[123]

Em conjunto com esta possibilidade/necessidade de cognição ampliada, há várias outras razões para se priorizar as ações coletivas. À guisa de exemplo, percebe-se que as decisões em ações coletivas: (*i*) garantem a universalização da prestação a todos que se encontrem na mesma situação;[124] (*ii*) desorganizam menos a Administração Pública, pois não haverá centenas de decisões particulares que condicionem, desordenadamente, a atuação do administrador; (*iii*) possibilitam a discussão com o cuidado necessário aos aspectos técnicos envolvidos[125] (fato este que pode ocorrer até mesmo antes do ajuizamento da ação civil pública, pois o Ministério Público (por exemplo)[126] pode instaurar inquérito civil, no qual os aspectos técnicos pertinentes podem ser devidamente examinados); (*iv*) estimulam que o cidadão se mobilize para a atuação política conjunta, sobretudo através de associações da sociedade civil; (*v*) evitam que apenas cidadãos que possuam um acesso qualificado à Justiça sejam efetivamente destinatários de prestações sociais; (*vi*) possibilitam a análise, de modo mais preciso, do impacto da política no orçamento;[127] e (*vii*) conduzem a uma unitariedade de manifestação judicial sobre uma dada situação de ampla dimensão social, que a muitos afete.[128]

Ademais, as ações coletivas são fundamentais sob o ponto de vista do próprio direito material, em termos de possibilitar

123 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 139.

124 Destacando de uma ação coletiva em espécie, qual seja, a ação civil pública, Marcos Maselli Gouvêa ressalta que a referida "contribui para que problemas comuns a diversas pessoas sejam tratados de forma igualitária. Direitos prestacionais, na medida em que implicam despesas que podem afetar a fruição dos mesmos direitos por outras pessoas, não devem ser tratados de forma pulverizada, mas molecularmente e a ação coletiva proporciona ao Judiciário a perspectiva global que permite definir a extensão dos direitos vagamente enunciados sem prejuízo para as demais pessoas e com viabilidade financeira. Não seria justo que as primeiras pessoas que intentassem ações visando ao reconhecimento destes direitos recebessem maximamente seus quinhões, deixando as demais desassistidas." GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 339.

125 Em especial "a ação civil pública permite que o Judiciário concentre esforços operacionais, alocando, de forma otimizada, peritos, monitores, oficiais e comissários. Dificilmente a Justiça teria condições materiais de aparelhar os diversos órgãos jurisdicionais que viessem a se defrontar, individualmente, com casos desta complexidade. Concentrada a apreciação do litígio em um único órgão, viabiliza-se seu funcionamento adequado, com o apoio de auxiliares especializados." *Ibidem*, p. 340.

126 Acerca da legitimidade para o ajuizamento de ações coletivas, merece registro a divergência doutrinária sobre a legitimidade ativa da Defensoria Pública introduzida pela Lei nº 11.448/2007. Em relação ao tema, confira-se: CÂMARA, Alexandre Freitas. Legitimidade da defensoria pública para ajuizar ação civil pública: um possível primeiro pequeno passo em direção a uma grande reforma. *In*: SOUSA, José Augusto Garcia de. *A defensoria pública e os processos coletivos*: comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 45-50. Vale ressaltar que a legitimidade ativa da Defensoria Pública na mencionada hipótese vem ensejando grandes avanços para o objetivo de uma sociedade mais justa e solidária, conforme se pode depreender da coletânea de julgados catalogados no "I Relatório Nacional de atuações coletivas da Defensoria Pública: um estudo empírico sob a ótica dos "consumidores" do sistema de justiça" realizado pela ANADEP (Associação Nacional dos Defensores Públicos) nos anos de 2012/2013, sob a gestão de André Machado de Castro e coordenação técnica de José Augusto Garcia de Sousa, que, gentilmente, cedeu a versão digital do estudo para esta pesquisa, prática esta digna do presente registro de agradecimento.

127 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 543-544.

128 ALVIM, Arruda. A ação civil pública – sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas. *In*: MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos*: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 82.

uma resposta à altura, no sentido de inibir a continuidade do ato ilícito. Uma resposta meramente individual poderia até significar uma satisfação para a pessoa que foi ao Judiciário, mas toda a coletividade continua carente daquela prestação, fato este que pode representar um estímulo para a continuidade das práticas ilícitas nos mais diversos aspectos, sob uma análise de custo-benefício em se manter na inércia. Portanto, do ponto de vista do direito material, esta resposta coletiva é fundamental para que o próprio ordenamento jurídico seja, de fato, respeitado.[129]

Assim, ações civis públicas, ações individuais, ações para controle de constitucionalidade, ação popular,[130] entre outras, são admissíveis, observado seus procedimentos e peculiaridades, para efetivar a tutela dos direitos por meio da intervenção judicial.[131]

Sendo certo que "as demandas coletivas passam a integrar o rol de instrumentos possíveis de participação da sociedade na administração da coisa pública."[132]

6. Ação civil pública como instrumento de controle

A ação civil pública revela-se, na atualidade, importante instrumento processual na implementação judicial de direitos prestacionais,[133] pois possibilita a supressão destas omissões inconstitucionais.[134]

Isto se deve ao fato de que a ação civil pública, enquanto mecanismo privilegiado da tutela de interesses coletivos, não é apenas uma forma mais racional ou adequada à sociedade de massa, mas também um instrumento pelo qual os seus agentes, em especial, ONGs e o Ministério Público, estão ampliando os foros de debate público sobre justiça social, em particular nas políticas públicas, o meio por excelência de sua realização. Isto significa que a ação civil pública se tornou um instrumento de política e de influência na gestão de políticas públicas e que, em grande medida, a sua operacionalização se realiza e vivifica por meio de regras de julgamento fundadas em princípios gerais de direito. Significa, ainda, que ela se torna um instrumento de luta política, informada e formadora da opinião pública, e não apenas da implementação de direitos patrimoniais.[135]

Sob esta perspectiva, observa-se que a ação civil pública é instrumento de exercício da democracia participativa direta e o juiz, ao julgá-la, exerce função política qualificada, ao lado da jurídica,[136] pois não há como decidir uma ação civil pública que afete a todo um amplo universo de pessoas sem considerar o seu efeito sobre as políticas públicas em vigor e as verbas existentes. O julgamento, nestes casos, deve levar em consideração obrigatoriamente a análise da "macrojustiça",

129 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Efetivação dos direitos fundamentais mediante ação civil pública para implementar políticas públicas. *Revista de Processo*, n. 163, ano 33, p. 314.

130 "Os direitos sociais fazem parte do acervo histórico, jurídico, ético e cultural dos povos civilizados, integram o patrimônio cultural do povo brasileiro. Por isso, se incluem no conceito de patrimônio público. Daí que sua lesão pode ensejar propositura de ação popular constitucional, com base no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988." Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 57.

131 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 56.

132 ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e controle das políticas públicas pelo poder judiciário. *In*: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, p. 504.

133 GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 331.

134 OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. Repensando o estado constitucional: controle judicial de políticas públicas através da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 8, n. 59, p. 127.

135 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 565.

136 ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e controle das políticas públicas pelo poder judiciário. *In*: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, p. 509.

que envolve a legitimidade do atendimento de determinados pleitos num quadro de escassez de recursos.[137]

Assim, a ação civil pública suscita o debate em torno da produção judicial e das omissões dos demais ramos do Poder Público, contribuindo, assim, para o fortalecimento da solidariedade social e o sentido de cidadania, que o individualismo processual tradicionalmente desestimula.[138]

Registre-se, por oportuno, que não prestigiar a tese que admite o uso da ação civil pública quando o pedido é a implementação de políticas públicas, ensejaria a possibilidade de o administrador ficar livre para descumprir normas constitucionais e dispositivos legais, inclusive orçamentários, sem poder ser compelido na via judicial ao respectivo cumprimento.[139]

Nesta senda, percebe-se que a ação civil pública é mais um instrumento com o qual se tem procurado imprimir uma maior efetividade dos direitos fundamentais sociais.[140]

Importa destaque o fato de que haverá impossibilidade jurídica do pedido da ação civil pública quando se tratar de uma ingerência genérica do Judiciário na Administração Pública. O mesmo, porém, não se pode dizer de um pedido referente a certa situação concreta, seja comissiva ou omissiva do Estado, originando a violação a interesses difusos ou coletivos.[141]

137 SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos-jurídicos. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 584.

138 GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 340.

139 ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 72-73.

140 DUARTE, Leonardo de Farias. *Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 216.

141 REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 253.

7. Síntese conclusiva

1. O Estado cumpre fins constitucionalmente determinados e deve organizar-se racional e eficazmente para alcançá-los.[142]

2. Quando o Estado e seu sistema de proteção aos direitos fundamentais não forem capazes de garantir a existência digna de seu povo é o momento de repensar a sua própria razão de existência. A via de realização do ideal republicano e democrático é a mesma via de realização dos direitos fundamentais e humanos.[143]

3. Normas programáticas conduzem políticas públicas, objetivando a realização dos valores consagrados constitucionalmente proclamados na consecução das finalidades do Estado, daí a sua intrínseca e mútua correspondência, em prol do bem-estar e da justiça social.[144]

4. O elemento político (ou seja, a relação da comunidade com o poder) deve ser reconhecido pela prática do Direito Administrativo tanto no processo de definição do interesse público, como na sua execução, o que constitui campo de atuação de uma política pública.[145]

5. O Direito deve ter uma pretensão de autonomia em relação à Política, a fim de possibilitar a subsistência do conceito de Estado de Direito, além de garantir a confiança da sociedade nas instituições judiciais. Contudo, essa autonomia será sempre relativa, pois não pode haver hegemonia nem de um nem

142 OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. Repensando o estado constitucional: controle judicial de políticas públicas através da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 8, n. 59, p. 131.

143 *Ibidem*, p. 136.

144 GARCIA, Maria. Políticas públicas e normas programáticas: a efetividade da constituição, administração pública e o estado de direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 76, p. 105.

145 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 280.

de outro.[146]

6. Na alocação de recursos, é necessário levar em consideração o fato de ser a sociedade pluralista, com diversos valores, interesses e, em consequência, múltiplas necessidades a serem atendidas, e, principalmente, o grau de essencialidade da pretensão conforme a situação de momento.[147]

7. O legislador, ao exercer sua função constitucional típica, deve atentar para a realidade em que incidirá a norma. Caso haja um descompasso inaceitável entre o determinado pela lei e o observado no mundo dos fatos, estará afetada a legitimidade da norma, podendo-se cogitar sua inconstitucionalidade em decorrência das circunstâncias fáticas.[148]

8. O pedido a ser formulado no processo coletivo deve estar sujeito à fungibilidade, a fim de que o veículo para a satisfação dos bens da vida tenha o maior alcance social possível.[149]

146 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial – direito e política no Brasil contemporâneo. *In*: BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 282-283.

147 AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – UERJ. Rio de Janeiro, p. 204.

148 CLÈVE, Clèmerson Merlin; HONÓRIO, Cláudia. Inconstitucionalidade decorrente de circunstâncias fáticas e administração pública. *Revista de Direito do Estado*, ano 3, n. 11, p. 100.

149 CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 173.

Referências

ACKEL FILHO, Diomar. Discricionariedade administrativa e ação civil pública. *Revista dos Tribunais*, n. 657, p. 51-59.

AGUIAR, Cláudio Tenório Figueiredo. O ministério público e a implementação de políticas públicas – dever institucional de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. *In*: VILLELA, Patrícia (Coord.). *Ministério público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1-22.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ALONSO JUNIOR, Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. *In*: MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos*: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 207-220.

ALVIM, Arruda. A ação civil pública – sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas. *In*: MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos*: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 73-85.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – UERJ. Rio de Janeiro.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1. ed. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____ . Direito de avaliação e eventual declaração de comercialidade da descoberta realizada no BC-400. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 249, p. 201-243, set. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4099>. Acesso em: 30 maio 2014.

_____ . Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 295-310.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e controle das políticas públicas pelo poder judiciário. *In*: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, p. 504-527.

AVELINE. Paulo Vieira. *Segurança pública como direito fundamental*. Dissertação (Mestrado) – PUC. Rio Grande do Sul, 2009, mimeografado.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais* – o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais*. Estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 107-164.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial – direito e política no Brasil contemporâneo. *In*: BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 237-284.

_____ . *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do estado. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143-161.

BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. *Revista de Direito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro*, v. 1, n. 1, p. 45-78.

_____ . *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOSCO, Maria Goretti Dal. *Discricionariedade em políticas públicas*: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa. Curitiba: Juruá, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (coord.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-50.

_____ . *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____ . Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. *In*: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio Cesar dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). *Políticas públicas*: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 225-260.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Legitimidade da defensoria pública para ajuizar ação civil pública: um possível primeiro pequeno passo em direção a uma grande reforma. *In*: SOUSA, José Augusto Garcia de. *A defensoria pública e os processos coletivos*: comemorando a lei federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 45-50.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____ . O orçamento e a reserva do possível: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 225-236.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. *In*: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 3-42.

CASTELLS, Manuel. Para o estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. *In*: BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Orgs.). *Sociedade e estado em transformação*. Brasília: Enesp, Enap e Imprensa Oficial, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; HONÓRIO, Cláudia. Inconstitucionalidade decorrente de circunstâncias fáticas e administração pública. *Revista de Direito do Estado*, ano 3, n. 11, p. 85-103.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, ano 86, v. 737, p. 11-22.

CORTÊZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 285-308.

COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. *In:* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais* – fundamentos, judicialização e direitos sociais e espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 487-514.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*: processo coletivo. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011. v. 4.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

DUARTE, Leonardo de Farias. *Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FRANCO, Fabio Luis; MARINS, Antônio Darienso. A ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas – cabimento e admissibilidade. *Revista Jurídica CESUMAR*, v. 3, n. 1, p. 305-343.

FRANÇA, Giselle de Amaro e. *O poder judiciário e as políticas públicas previdenciárias*. Dissertação (Mestrado) – USP. São Paulo, 2010, mimeografado.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FRISCHEISEN, Luísa Cristina Fonseca. *Políticas públicas* – a responsabilidade do administrador e o ministério público. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos* – direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCIA, Maria. Políticas públicas e normas programáticas: a efetividade da constituição, administração pública e o estado de direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 76, p. 101-114.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Prefácio. *In*: DUARTE, Leonardo de Farias. *Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 125-150.

JACOB, César Augusto Alckimin. A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 237-284.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas* – concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: JusPodium, 2009.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista ESMAFE* – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, v. 8, p. 177-224.

LINS, Liana Cirne. A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar/Instituto Ideias, n. 12, p. 223-261, 2008.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 1, p. 559-565.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias*: a centralidade do orçamento na efetivação de direitos a prestações estatais e a fixação de parâmetros para a intervenção judicial em políticas públicas. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2005, mimeografado.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____ . *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 10. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____ . *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Efetivação dos direitos fundamentais mediante ação civil pública para implementar políticas públicas. *Revista de Processo*, n. 163, ano 33, p. 312-320.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites dos limites. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 241-314.

MILARÉ, Édis. *Ação civil pública*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAND, Charles-Albert. *Le droit néo-moderne des politiques publiques*. Paris: LGDJ, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. Repensando o estado constitucional: controle judicial de políticas públicas através da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 8, n. 59, p. 1-18.

PASSOS, Aline Araújo. Ações coletivas e implementação de políticas públicas para a tutela de direitos fundamentais. *In*: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional* – direito humanos & direitos fundamentais. Salvador: JusPodium, 2010, p. 477-498.

PAZZAGLINI JUNIOR, Marino. *Princípios constitucionais reguladores da administração pública*. São Paulo: Atlas, 2000.

PEREIRA, Jane Gonçalves Pereira. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais* – uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINTO, Élida Graziane. Contingenciamento de despesas e esvaziamento do controle legislativo sobre a execução orçamentária. *In*: FORTINI, Cristina; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). *Políticas públicas*: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 69-105.

REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão. Notas acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais como limite à discricionariedade. *In*: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 353-378.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROSA, Marcio Fernando Elias. Discricionariedade e moralidade administrativa. *In*: GARCIA, Emerson. *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 161-204.

SALLES, Carlos Alberto de. Existe um processo civil de interesse público? *Revista de Direito*, São Paulo: Universidade Ibirapuera, v. I, n. 2, nov. 1999, p. 31-32.

SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. *Revista de Informação Legislativa*, n. 158, v. 40, p. 265-278.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____ . *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____ . Princípio da dignidade da pessoa humana no direito constitucional. *In*: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 330-360.

_____ ; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. *In*: BINENBOJM, Gustavo. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XII (Direitos Fundamentais), p. 297-332.

_____ . *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____ . Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. *In*: SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 217-232.

_____ . A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos-jurídicos. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 553-586.

SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515-552.

_____ ; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. 1. ed. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos – perfis comparatísticos. Trad. Tereza Carreira Alvim. *Revista de Processo*, n. 59, ano 15.

TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. *In*: GARCIA, Emerson. *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 91-160.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Limites à chamada "discricionariedade" judicial. *Revista de Direito Público,* n. 96, v. 24, p. 157-167.

WATANABE, Kazuo. Prefácio. *In*: CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 33-72.

ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 309-332.

O acordo de não persecução penal criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público - Artigo 18 da Resolução nº 181/2017: análise de sua compatibilidade constitucional



Flávio da Silva Andrade
Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Juiz Federal em Minas Gerais.

RESUMO: Este ensaio versa sobre o acordo de não persecução penal, concebido pelo Conselho Nacional do Ministério Público, no artigo 18 da Resolução nº 181/2017. O estudo demonstra que o novo instituto de consenso, da forma como introduzido na esfera do processo penal brasileiro, padece de inconstitucionalidades formal e material, que devem ser reconhecidas pelo Poder Judiciário, seja na via de controle direto de constitucionalidade, seja pela via difusa.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal. Espaços de consenso. Expansão. Acordo de não persecução penal. Ausência de lei. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: This paper analyzes the agreement of non-prosecution, conceived by the National Council of Prosecution Service, in article 18 of Resolution nº 181/2017. The study shows that this new consensus instrument, introduced in the sphere of Brazilian criminal, suffers from formal and material unconstitutionalities, which must be recognized by the Judiciary, either through abstract constitutional control or through diffuse constitutional control.

KEYWORDS: Criminal process. Spaces of consensus. Expansion. Non-prosecution agreement. Absence of law. Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A disciplina normativa estabelecida pelo CNMP para o acordo de não persecução penal. 3. A análise da compatibilidade constitucional do acordo de não persecução penal. 4. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

No Brasil, há atualmente uma clara tendência de expansão dos espaços ou zonas de consenso[1] no âmbito do processo penal.[2] Essa inclinação é retratada especialmente pela inclusão, no projeto do novo Código de Processo Penal,[3] de um rito abreviado calcado na admissão de culpa (confissão) e, também, com a criação do denominado acordo de não persecução penal pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). É deste segundo mecanismo que se almeja tratar nestes apontamentos.

Por intermédio da Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, editada para disciplinar a instauração e a tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do *Parquet*, o CNMP instituiu a possibilidade de celebração do referido acordo entre o Ministério Público e o investigado a fim de que, mediante o cumprimento de condições, haja a resolução antecipada do caso criminal, resultando no arquivamento da investigação.

Duas foram as razões invocadas para a introdução desse novo mecanismo no ordenamento jurídico-penal brasileiro:

> [...] a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais;
>
> [...] a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais [...].[4]

Esses motivos revelam que há mesmo necessidade de reflexão sobre um possível aprimoramento dos instrumentos brasileiros de consenso no campo do processo penal, com o objetivo de simplificar e acelerar a resolução de casos em que o acusado é confesso e admite a culpa. Entretanto, como ficará evidenciado, na ânsia de inovar (e talvez já não suportando mais aguardar uma solução pela via legislativa), o CNMP usurpou a competência privativa da União para legislar sobre o assunto e também ignorou que a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal deve ser implementada pela via legislativa.

2. A disciplina normativa estabelecida pelo CNMP para o acordo de não persecução penal

De início, cabe assinalar que o tema será exposto considerando as alterações que a Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018, também do CNMP, promoveu na Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017. Em sua nova redação, o artigo 18 da Resolução nº 181/2017 estabelece que:

1 Os chamados espaços de consenso consistem em mecanismos ou ferramentas que permitem a solução do caso penal por meio de um acordo firmado entre as partes. São exemplos, no cenário nacional, os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo. (ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade – reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo. *In*: *Jornadas de Direito Processual Penal* - O Novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1995, p. 334-335)

2 Para uma abordagem mais detalhada: VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

3 Artigo 283 do PLS nº 156/2009. Na Câmara dos Deputados, trata-se do PL nº 8.045/2010.

4 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181/2017*. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181_2.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2018.

> Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:
> I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;
> II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
> III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;
> IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;
> V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

Como se vê, havendo confissão do investigado[5] e disposição dele para cumprir medidas alternativas ao encarceramento, a resolução traz a possibilidade de, mediante assistência técnica do defensor, resolver-se de forma antecipada os casos relativos a delitos cometidos sem violência ou grave ameaça e para os quais a lei comine pena mínima[6] inferior a 4 (quatro) anos de prisão.[7]

No que tange às condições ou medidas a serem cumpridas pelo investigado, três pontos chamam a atenção. A resolução não indica a destinação a ser dada aos instrumentos, produtos e proveitos do crime, o que pode ensejar enorme falta de uniformidade, com espaços para distorções na construção das cláusulas do acordo.

Ainda, diferentemente da disciplina legal da transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/1995), o ato normativo permite que, no acordo de não persecução penal, seja convencionado que o cumprimento de prestação de serviços se dê pelo tempo correspondente ao da pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços. Essa possibilidade de redução não existe no regramento da transação penal, de forma que haverá a possibilidade de infrações mais graves serem reprimidas com medidas menos severas.

Além disso, como bem alerta Américo Bedê Junior, "a cláusula genérica de outras condições a serem exigidas pelo MP é problemática, na medida em que abre uma janela para arbítrios"[8] e permite a falta de unidade na aplicação da lei a partir de escolhas discricionárias por parte do membro do *Parquet*. Em contrapartida, como assevera o referido autor, tal cláusula pode servir para uma adequada personalização do acordo, que deverá ser submetido ao controle judicial.

5 Consta do artigo 18, § 2º, o seguinte: "A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor".

6 Vale assinalar que o § 13 do artigo 18 reza que: "Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o *caput*, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto".

7 Na primeira redação trazida pela Resolução nº 181/2017, o acordo poderia ser proposto em qualquer caso em que o delito tivesse sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, isto é, não havia a limitação no sentido de só se admitir a avença quando para o crime fosse cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos de prisão.

8 BEDÊ JUNIOR, Américo. O acordo de não persecução penal: permissões e vedações. *In:* CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). *Acordo de não persecução penal*: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 301-312.

De acordo com o § 1º do artigo 18, tal proposta de não persecução penal não será admitida nos casos em que:

> I – for cabível a transação penal, nos termos da lei;
> II – o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;
> III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95;
> IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal;
> V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006;
> VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Nesse dispositivo se verifica que o CNMP agiu tentando não resvalar na disciplina legal da transação penal, até porque o novel instrumento negocial não tem base legislativa e não poderia alterar ou substituir uma lei em vigor. Essa violação da competência do Poder Legislativo e também a desconsideração do princípio da obrigatoriedade da ação penal a partir de um ato infralegal ensejaram o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade, como se verá mais adiante.

A resolução ainda estabelece que o acordo será formalizado por escrito, com cláusulas claras no tocante às condições ou medidas a serem cumpridas, devendo ser firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor (§ 3º).

Com o propósito de aprimorar a redação original e amainar as críticas[9] quanto à forma como foi concebido tal instrumento e também quanto à exclusão do controle judicial sobre o pacto, a Resolução nº 183/2018 previu a necessidade de o acordo ser submetido à apreciação judicial, não trazendo mais detalhes sobre como deveria ser realizado esse controle, até porque ficaria mais nítido que o tema está reservado à lei. Nessa nova redação do § 4º do artigo 18 também determinou que, "realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo".

Ainda, cuidando para não estabelecer comandos aos membros do Poder Judiciário, a resolução, no § 5º do artigo 18, não diz que deverá haver a homologação judicial do acordo, mas que os autos devem ser devolvidos ao Ministério Público, se o magistrado o considerar cabível e se as condições se mostrarem adequadas e suficientes. A normatização do CNMP, no § 6º, também dispõe que o juiz, se considerar incabível o acordo, deverá remeter os autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação. Em verdade, a resolução em análise, além de criar uma nova forma de resolução antecipada ou de evitação do processo penal, dita regras ao órgão judicante como se tivesse ela força de lei.

Pelo que se extrai do § 9º e § 11, embora submetido à apreciação judicial, os autos permanecem com o Ministério Público e é ele próprio quem decide se houve descumprimento do acordo ou se foi integralmente cumprido, devendo neste caso promover o seu arquivamento. O texto não faz referência a nenhum mecanismo de controle, seja *interna corporis*, seja via Poder Judiciário.

Não bastasse a ampliação dos espaços de consenso sem base legal, inovando bastante o cenário processual penal brasileiro, o ato normativo em comento preconiza que "o acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia" (§ 7º). Para Vladimir Aras, não há incompatibilidade do acordo de não persecução penal com o propósito da audiência de custódia e o aproveitamento dessa audiência contribui para a razoável

9 PODERES exagerados. OAB vai ao Supremo contra norma do MP que perdoa quem confessa crime. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 out. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-17/oab-questiona-norma-mp-perdoa-quem-confessa-crime>. Acesso em: 02 fev. 2018.

duração do processo, sendo "uma solução alternativa de processo penal muito benéfica ao suspeito preso em flagrante".[10]

Como se sabe, o instituto da audiência de custódia não foi concebido[11] para abrigar soluções simplificadas e céleres na esfera penal. A adoção de uma alternativa de simplificação por consenso já na aludida audiência revela-se polêmica e reclamaria mais debate pela comunidade jurídica e discussão no Congresso Nacional, pois, como asseverou Anabela Miranda Rodrigues, "simplificar é complexo. Celeridade não pode ser sinônimo de não fazer justiça".[12]

Ao questionar a adequação de ferramentas que visem à resolução antecipada do conflito penal, Nestor Távora combate a reação imediata ao mal causado pelo crime. Afirma que "a reação é impulsiva, muitas vezes desmedida, desproporcional, típica de quem atua sem refletir mais pausadamente no que fazer",[13] de modo que soluções precoces assim aumentam significativamente os riscos de injustiça. O fato de o acusado estar preso ou ter acabado de ali obter a ordem de soltura "dificulta a percepção do *status* de inocência",[14] sendo que a proposta de resolução antecipada, já na audiência de custódia, "consolida uma aparente *certeza* de culpabilidade", retirando a chance de esboçar defesa.[15]



Por outro prisma, a resolução imediata ou antecipada de um caso pode servir tanto ao interesse público como também aos interesses do próprio acusado. O tempo, como garantia, não é de gozo obrigatório ou não precisa ter transcurso imperativo, sobretudo para quem não pensa em impugnar a acusação. Por que, havendo confissão e interesse da defesa técnica num acordo, a audiência de custódia não pode servir de mola propulsora de um procedimento abreviado,[16] sobretudo nos casos em que ao cabo será indicada a aplicação de penas alternativas?

É certo que, nas palavras de Anabela

10 ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). *Acordo de não persecução penal*: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 280.

11 Segundo Caio Paiva, as finalidades da audiência de custódia são: a) adequar o ordenamento jurídico interno para o cumprimento de obrigações decorrentes da ratificação de tratados internacionais, reforçando o compromisso do Brasil com a proteção dos direitos humanos; b) garantir o controle judicial mais humano, efetivo e preciso das prisões cautelares, refletindo-se sobre o alto índice de encarceramento penal provisório e sobre a superlotação carcerária no país; c) inibir ou prevenir a prática de atos de violência policial contra presos e investigados; e d) viabilizar o respeito às garantias constitucionais, sobretudo às do contraditório e da ampla defesa (PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro.* 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 45-53).

12 RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal. Uma visão de Direito Comparado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal,* Coimbra, ano 8, fasc. 2, abr./jun. 1998, p. 242.

13 TÁVORA, Nestor. *Princípio da adequação e resolução antecipada do mérito do processo penal.* Salvador: Juspodivm, 2009, p. 190.

14 *Ibidem*, p. 198.

15 O artigo 8º, 2, *c*, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) dispõe que toda pessoa acusada de um delito tem direito à "concessão do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa".

16 PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 121-122.

Miranda Rodrigues, "a aceleração não se deve fazer à custa das garantias de defesa do arguido",[17] mas, em casos mais simples, sem dificuldades do ponto de vista dos fatos e do direito, havendo confissão e interesse do réu e de seu defensor, talvez não se deva obstar a imediata ou direta resolução consensuada do caso.

Aliás, em relação às infrações de menor potencial ofensivo, a Lei nº 9.099/1995, no seu artigo 69, determina que, lavrado o termo circunstanciado, a autoridade policial o *encaminhará imediatamente* ao Juízo. Discordando dessa via de solução antecipada, basta que a defesa assim se manifeste, de modo a ensejar a observância do rito de curso completo.

Essa temática, porém, por seus desdobramentos, demandaria um estudo próprio, buscando-se elementos no direito comparado para melhor se avaliar a possibilidade/conveniência de resolução imediata do caso já por ocasião da apresentação do preso em flagrante ao juiz.[18]

De qualquer modo, em vista do regramento atual, acredita-se que a partir da audiência de custódia já se pode sinalizar para uma solução simplificada ou abreviada. Quer-se dizer: nada impede que, em seguida à audiência de custódia, o Ministério Público, entendendo suficientes as informações trazidas no auto de prisão em flagrante, já ofereça a denúncia, com proposta de suspensão condicional do processo, ficando o acusado citado, concedendo-se a ele um prazo para se pronunciar.

O que é indiscutível – como se verá nas linhas que se seguem – é que, ante as sérias questões envolvidas nessa discussão, não caberia ao CNMP, por resolução, conceber um novo figurino de resolução antecipada ou acelerada de casos penais, inclusive por ocasião da audiência de apresentação do preso em flagrante. Deve-se dizer não à morosidade excessiva, porém, é preciso muito cuidado ao se introduzir num ordenamento mecanismos que gerem uma velocidade excessiva, pois esta também pode levar à injustiça, como alertado por Anabela Miranda Rodrigues.[19]

3. A análise da compatibilidade constitucional do acordo de não persecução penal

Como era de se esperar, a resolução que concebeu o acordo de não persecução penal teve sua constitucionalidade questionada, pela via direta, perante o Supremo Tribunal Federal. Sob a alegação de ter sido introduzido à margem da lei e com equívocos de normatização, o acordo de não persecução penal está sendo impugnado na ADI nº 5.790,[20] movida pela Associação dos Magistrados Brasileiros, e na ADI nº 5.793,[21] ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.[22]

Nessas duas ações, argumenta-se que o CNMP exorbitou de seu poder regulamentar

17 RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal. Uma visão de Direito Comparado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 8, fasc. 2, abr./jun. 1998, p. 242.

18 Também não se deve afastar a possibilidade de criação de um rito próprio e simplificado para casos de detenções flagranciais em que o acusado é confesso, consoante há noutros países, como Costa Rica, Peru e México (CHINCHILLA, Carlos Morales; DELGADO, Daniel Sánchez. *Procedimiento expedito para los delitos en flagrancia*. Costa Rica: IJSA, 2015). O importante, todavia, é que a ânsia por rapidez e eficiência não atropele os direitos fundamentais do acusado.

19 RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal. Uma visão de Direito Comparado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal,* Coimbra, ano 8, fasc. 2, abr./jun. 1998, p. 242.

20 Informações disponíveis em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027>. Acesso em 01 fev. 2018.

21 Informações disponíveis em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159>. Acesso em 01 fev. 2018.

22 Essas duas ações foram reunidas sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Aguarda-se o exame dos pedidos de tutela de urgência formulados para suspensão da eficácia do artigo 18 da Resolução nº 181/2017. Entretanto, ante a potencial ofensa às competências do Congresso Nacional, o relator entendeu oportuna a prévia oitiva da Câmara dos Deputados e do Senado da República, por meio de seus Presidentes, bem como da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República.

(art. 130-A, § 2º, I, da CF/1988) e usurpou competência privativa da União, prevista no artigo 22, I, da CF/1988 (compete privativamente à União legislar sobre direito processual). Também se sustenta que houve violação do princípio da obrigatoriedade ou da indisponibilidade da ação penal pública, uma vez que é função do Ministério Público promover, privativamente, referida ação, na forma da lei, conforme expressamente previsto no artigo 129, I, da Carta da República.

Primeiro será analisada a alegação de inconstitucionalidade formal, calcada no desrespeito da competência constitucional para legislar sobre determinada matéria. Depois se passará à apreciação da apontada inconstitucionalidade material, por possível violação da regra do artigo 129, I, da Carta Magna.

Em relação ao vício da inconstitucionalidade formal, os argumentos apresentados nas ações não merecem reparos. A Constituição Federal (CF/1988) não permite que o CNMP, por ato meramente administrativo, crie novo modelo de resolução de conflitos penais, ou seja, que promova alterações no âmbito do Direito Processual Penal, ignorando a competência constitucional do Congresso Nacional.

Não se sustenta a alegação[23] de que não houve desrespeito ao texto constitucional pelo fato de a resolução ter regulado um acordo pré-processual, uma vez que, embora celebrado durante a fase de investigação, versa sobre a solução consensuada de conflitos penais e requer a intervenção do Poder Judiciário, na medida em que envolve a renúncia ou o exercício negativo de direitos fundamentais pelo acusado. O próprio CNMP, ao modificar a disciplina normativa original, incluindo a submissão do acordo ao controle judicial, acabou por reconhecer que o tema versa, sim, sobre processo penal e não podia ter sido tratado num ato regulamentar daquele órgão.

Também não deve prosperar o raciocínio[24] de que não haveria inconstitucionalidade porque a resolução trata de matéria procedimental afeta à atuação do Ministério Público. Esse argumento ignora a regra do artigo 24, XI, da CF/1988, que confere à União, aos Estados e ao Distrito Federal a competência para legislarem, concorrentemente, sobre o assunto. Em verdade, o CNMP não mais quis aguardar o trâmite do PLS nº 513/2013 no Senado Federal, no qual está inserido um regramento (art. 394-B do CPP) para o acordo de não persecução penal, decidindo disciplinar o assunto por meio de resolução.

Naturalmente, é desejável a criação de novos institutos capazes de aprimorar o sistema de justiça criminal de um país, mas inovações assim devem ser fruto de regular processo legislativo, como aconteceu com a transação penal, com a suspensão condicional do processo, com o acordo de leniência e com a colaboração premiada. A Lei nº 9.099/1995, a Lei nº 12.529/2011 e a Lei nº 12.850/2013 regulam institutos próprios, sendo descabido invocá-las para tentar dar fundamento de legalidade e constitucionalidade ao acordo de não persecução penal.

Não se nega que o acordo de não persecução assemelha-se a um termo de ajustamento de conduta (TAC),[25] mediante o qual o Ministério Público e o investigado, assistido por seu defensor, convencionam que não haverá oferecimento da denúncia no caso de integral cumprimento de determinadas obrigações de fazer, não fazer ou dar (condições ou medidas alternativas à prisão). Entretanto, tal acordo possui como pressupostos a confissão de um delito e também a renúncia

23 BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do acordo de não persecução penal. *In:* CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). *Acordo de não persecução penal*: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 61.

24 *Ibidem*, p. 63.

25 ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). *Acordo de não persecução penal*: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 279.

ou o não exercício de direitos e garantias fundamentais por parte do imputado, sendo imprescindível a baliza normativa pela lei e, ainda, o controle judicial.

O TAC é um negócio jurídico, com eficácia de título executivo extrajudicial, muito usado na atuação dos Ministérios Públicos (Estaduais, Federal e do Trabalho), mas está expressamente previsto na Lei nº 7.347/1985 (art. 5º, § 6º). Assim sendo, por que o acordo de não persecução penal, que envolve direitos fundamentais dos investigados e a renúncia (ou não exercício) de tais direitos, também não deveria ser regulado por lei? Se a transação penal, que alcança autores de infrações penais leves, está disciplinada na lei e deve ser celebrada em juízo, por que o acordo em questão também não deveria ser normatizado por lei, com pressupostos e requisitos de validade bem definidos, sem desarmonia ou discrepância com outras regras legais?

Não se pode olvidar que, assim como acontece com os demais institutos nacionais de consenso, no acordo de não persecução há renúncia ao exercício de direitos fundamentais pelo investigado. Ele precisa abrir mão da garantia contra a autoincriminação e confessar circunstanciadamente a prática do fato delitivo, optando, naquele momento, por não refutar a acusação e não produzir provas. O artigo 18, II, da resolução prevê expressamente que o investigado deverá "renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime".

Contudo, a renúncia ao exercício de direitos fundamentais na esfera do processo penal deve necessariamente atender a dois requisitos de validade, conforme lição de Jorge Reis Novais:[26] a *reserva da lei* e a *preferência de Constituição*. Aquela consiste na necessidade de autorização legislativa enquanto esta diz respeito à exigência de que a renúncia se opere de forma compatível com as regras e princípios previstos na Constituição Federal. O acordo de não persecução não atende a esses requisitos.

Não se sustenta a tentativa de afastar a inconstitucionalidade formal aqui explicitada sob o argumento de que o acordo não tem natureza penal, pois não enseja a aplicação de sanções penais, mas de obrigações que são ajustadas por consenso em fase pré-processual.[27] Ora, é evidente que as medidas previstas no artigo 18 da resolução não são sanções penais, faltando o elemento da jurisdicionariedade, já que não serão impostas pelo Estado-juiz, no exercício do *jus puniendi*. Em verdade, para os investigados, constituem obrigações a que se vinculam a partir de um acordo, de um encontro de vontades.

Conquanto não sejam penas, as referidas medidas são similares às penas restritivas de direitos previstas no Código Penal (art. 43). Há clara proximidade das condições que deverão ser cumpridas pelo investigado com tais penas alternativas estabelecidas na lei penal brasileira. Algumas delas equivalem aos efeitos de uma condenação criminal (art. 92 do CP). Mas o certo é que o fato de não se tratarem de penas não afasta a necessidade da lei, pois, ao propor o acordo de não persecução penal, o Ministério Público está exercendo um poder decorrente da titularidade da ação penal, de maneira que deve fazê-lo na forma da lei, como exige o artigo 129, I, da CF/1988, consoante será abordado a seguir.

Ainda, se o acordo de não persecução tem o condão de esvaziar o interesse processual do Ministério Público, como expõem os defensores da inovação,[28] com mais razão a

26 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais:* trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 257.

27 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP). *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). *Acordo de não persecução penal*: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 34-35.

28 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Fer-

matéria deve ser regulada por lei (art. 22, I, da Carta Magna), uma vez que versa sobre condição da ação penal. Não é possível que o Ministério Público invoque considerações de política criminal para justificar que sua atuação se dê à margem da lei, por mecanismo não criado pelo legislador constitucionalmente competente, ignorando-se princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Renato Brasileiro de Lima,[29] ao defender a constitucionalidade do acordo de não persecução penal concebido pelo CNMP, faz referência às Regras de Tóquio (denominadas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade), aprovadas pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 14 de dezembro de 1990, por meio da Resolução nº 45/110, como fundamento para a adoção de tal ferramenta alternativa de solução de casos penais. O item 5.1 da aludida resolução dispõe o seguinte:

> Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos, deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado.

No entanto, tal resolução não possui força vinculante, tratando-se de mera recomendação dirigida aos Estados-membros da entidade, com a expressa ressalva de que deve haver compatibilidade com sistema jurídico de cada país. A ideia contida na recomendação mostra-se apropriada e conveniente, tanto que há bastante tempo foram introduzidos no ordenamento jurídico pátrio os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, instituídos por lei. O que não se admite é que um órgão administrativo de controle do externo do Ministério Público, a pretexto dar cumprimento à supracitada resolução, descarte a exigência de lei para regrar os mecanismos de consenso penal e estabeleça ou modifique unilateralmente a forma e os critérios para se promover a resolução antecipada de casos criminais. Essa é uma tarefa a ser exercida pelo Congresso Nacional.

Portanto, com o indiscutível impacto do acordo de não persecução nos direitos e garantias do acusado e no modelo brasileiro de consenso penal, trazendo regras e procedimentos nessa seara, não há como aceitar que seja disciplinado por resolução do CNMP, com nítida violação da Carta da República (art. 22, I).

Cumpre agora avaliar se a resolução em estudo padece de vício de inconstitucionalidade material na parte em que introduziu o acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro. O conteúdo do artigo 18 da resolução afronta a regra constitucional do artigo 129, I, da CF/1988, que, ao lado do artigo 24 do CPP, é a base do denominado princípio da indisponibilidade ou da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada?[30] É possível uma mitigação

reira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). *Acordo de não persecução penal*: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 96 e 106.

29 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 200-201.

30 Segundo Eugênio Pacelli, "do dever estatal da persecução penal resulta, como regra, que o Ministério Público é obrigado a promover a ação penal, se diante de fato que, a seu juízo, configure um ilícito penal. Daí a regra básica da ação penal pública incondicionada, qual seja, o denominado princípio da *obrigatoriedade*. Estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao *parquet* qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou da oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta criminosa, e desde que satisfeitas as condições da ação penal". Referido autor ainda recorda que "a única distinção que se pode

ou flexibilização do aludido princípio sem respaldo em lei?

Hoje há quem[31] considere um mito o princípio da obrigatoriedade ou da indisponibilidade da ação penal pública. Afirma-se que não existe no Brasil norma positivada que obrigue o exercício da ação penal em todos os casos. Defende-se que, em decorrência da titularidade da ação penal pública, cabe ao Ministério Público moldar a política criminal a ser implementada e realizar o juízo de valor quanto aos casos em que deve haver oferecimento de denúncia ou arquivamento.[32]

Entretanto, como destacam Mauro Fonseca Andrade e Rodrigo da Silva Brandalise, "apesar de não ser fruto de um dispositivo constitucional ou legalmente expresso, a obrigatoriedade da ação penal decorre da interpretação de diversos dispositivos, tanto de cunho constitucional como infraconstitucional".[33] Recordam que, conforme dispõem os artigos 42 e 576, ambos do CPP, "não pode o Ministério Público desistir da ação penal, nem do recurso interposto", estabelecendo ainda o artigo 28 do referido código que, se o juiz discordar do pedido de arquivamento do inquérito policial fará a remessa dos autos "ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender". Ainda, não se pode esquecer que o artigo 5º, LIX, da CF/1988 e o artigo 29 do CPP admitem o ajuizamento da ação privada subsidiária da pública, se esta não for intentada no prazo legal.

Esses preceitos, somados ao já mencionado artigo 129, I, da CF/1988, indicam que tal princípio não é um mito, sendo inegável que o sistema brasileiro é adepto do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, devendo a lei processual disciplinar as hipóteses em fica mitigado ou flexibilizado.

No Brasil, o suposto mito da obrigatoriedade da ação penal não obriga o Ministério Público a processar tudo e todos. À luz do princípio da insignificância, são comuns os casos de arquivamento nos casos de infrações de pequena monta e nas hipóteses em que as consequências advindas do delito são mínimas. São rotineiros os arquivamentos de inquéritos policiais ou de outros procedimentos investigatórios em que não restaram comprovadas a materialidade ou a autoria dos delitos, assim como quando manifesto que o agente agiu amparado numa causa excludente de ilicitude ou numa causa excludente de culpabilidade. Noutras palavras, a persecução penal só é obrigatória em relação a fatos puníveis e a fatos que não devam ser alcançados pela aplicação do princípio da bagatela.

Como não poderia deixar de ser, comunga-se do entendimento de que a persecução penal deve ser conduzida com racionalidade e sem desperdícios de recursos humanos e materiais, porém, cabe à lei traçar as balizas para a atuação do Ministério Público pautada num juízo de conveniência e de oportunidade quanto ao exercício da ação penal pública. Para garantir unidade e igualdade na aplicação da lei penal, as exceções ao princípio da obrigatoriedade devem ser legalmente normatizadas.[34]

observar entre obrigatoriedade e indisponibilidade seria em relação ao momento processual do respectivo exercício, sendo o primeiro aplicável antes da ação penal e o segundo a partir dela" (PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 121 e 124).

31 MELO, André Luis Alves de. Da não obrigatoriedade da ação penal pública. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). *Acordo de não persecução penal*: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 149-192.

32 BEGGIATO, Túlio Fávaro. *Prosecutorial discretion*: o anacronismo do mito da obrigatoriedade da ação penal. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 15 , n. 47, jan./jun. 2016, p. 351-379.

33 ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS,* Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/77401>. Acesso em: 20 fev. 2018.

34 Nessa linha, Guilherme Madeira Dezem afirma: "Fora das hipóteses previstas pelo legislador (acordo de colabo-



O texto constitucional dispõe que é função institucional do Ministério Público "promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei" (art. 129, I). O exercício da atribuição de persecução penal pelo *Parquet*, decorrente do fato de ser o titular da ação penal pública, deve efetivar-se na *forma da lei*, não podendo a instituição ignorar as normas legais vigentes para ela própria criar uma ferramenta de consenso penal e estabelecer o regramento que entende mais adequado para os tempos modernos.

Como destaca Vinícius Gomes Vasconcellos:

> [...] a oportunidade (ou não obrigatoriedade) se caracteriza em oposição à obrigatoriedade, visto que autoriza o não oferecimento da denúncia ou a suspensão do processo penal conforme opção do órgão acusador estatal (em regra sob a anuência da defesa) com fundamentos em critérios utilitários, político-criminais, econômicos etc., em situação cujo lastro probatório é suficiente para atestar a materialidade e a autoria de um crime. Tais parâmetros decisórios podem ser taxativamente previstos em lei, em um cenário de atenção ao princípio da legalidade, ou flexíveis à ampla discricionariedade do acusador. Por certo que somente a primeira opção é aceitável no processo penal democrático. O princípio da oportunidade, portanto, não colide necessariamente com a imposição de respeito à legalidade, intrínseca ao Estado Democrático de Direito, mas sim relativiza e abre exceções (legalmente reguladas e limitadas) à obrigatoriedade.[35]

Ainda que não houvesse a inconstitucionalidade material ora indicada, a resolução também não passaria pelo crivo da legalidade,[36] pois contrariou completamente regras que estão expressamente previstas na legislação processual penal brasileira em vigor, conforme antes mencionado.

Na realidade, consoante já indicado, os conselheiros do CNMP optaram por não mais aguardar a morosa tramitação do PLS nº 513/2013 no Senado Federal brasileiro. Rodrigo Leite Ferreira Cabral admitiu ser "bem verdade que a solução ideal seria que a regulamentação do acordo viesse pela via

ração premiada previsto na Lei 12.850/2013, no art. 4º, § 4º, por exemplo), não pode o promotor deixar de promover a ação penal quando presentes os requisitos legais" (DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 157).

35 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 48-49.

36 Comentando o acordo de não persecução penal criado pelo CNMP, Guilherme Madeira Dezem pontua: "(...) o que temos é que o promotor poderá fazer uma espécie de *plea bargain* com um único detalhe: não há previsão legal desta disposição. A resolução criou hipótese de não persecução penal que não se encontra prevista em lei. Trata-se de resolução ilegal na medida em que viola o princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública previsto no art. 24 do Código de Processo Penal" (DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 157).

legislativa, o que evitaria alegações de inconstitucionalidade formal do instituto",[37] mas, na sua visão, a demora do legislador para disciplinar o assunto, ocorrida também noutros países, como Alemanha e França, acabou por justificar a regulamentação do tema pelo mencionado conselho, compreensão essa com a qual evidentemente não se pode concordar.

Como bem mostram Fonseca e Brandalise, os idealizadores do acordo brasileiro de não persecução penal ignoraram que, na Alemanha, embora inicialmente criado sem previsão legal, o acordo "[...] previa sua realização em âmbito processual e presidido pelo juiz, algo que vai em sentido completamente oposto ao acordo de não persecução-penal criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público".[38] Ainda, embora as *Absprachen* só tenham sido regulamentadas por lei mais recentemente, o instituto do *arquivamento com imposição de determinadas condições* há muito está previsto na legislação processual penal alemã (art. 153a do StPO), que traz uma regulação taxativa das hipóteses de rompimento do princípio da obrigatoriedade da acusação.[39]

De mais a mais, o CNMP também olvidou a experiência portuguesa, como apontam Fonseca e Brandalise.[40] Em Portugal, o Ministério Público, inspirado na obra "*Acordos sobre a sentença em processo penal. O 'fim' do Estado de Direito ou um novo 'princípio'?",*[41] de Jorge de Figueiredo Dias, sugeriu que seus membros, sem amparo legal expresso, mas com a aquiescência dos juízes, começassem a propor aos arguidos acordos sobre a sentença criminal. A Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa regulamentou tal espécie de acordo por meio da Recomendação nº 1/2012, enquanto a Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra o fez por meio do memorando de 19 de janeiro de 2012.

No entanto, tal nova ferramenta de solução consensuada foi logo questionada perante o Supremo Tribunal de Justiça português, tendo aquela corte anulado a sentença por entender que tal tipo de avença, dentro do contexto lusitano, fere o princípio da legalidade, já que lá não existe previsão legal expressa que a autorize.[42] A ausência de lei é fonte de insegurança e imprevisibilidade quanto à aplicação do instituto, propiciando situações de desigualdade na realização da justiça penal.

Desse modo, em vista do que se expôs, tem-se por evidente que a Resolução nº 181/2017 do CNMP, na parte em que instituiu o acordo de não persecução penal, padece de inconstitucionalidades formal e material, devendo seu artigo 18, pela via difusa ou concentrada, ser declarado incompatível com a Constituição da República. Não obstante, essa compreensão não inibe a possibilidade de que o acordo de não persecução seja mais estudado e discutido para, eventualmente, a

37 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP). *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). *Acordo de não persecução penal*: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 46.

38 ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS,* Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/77401>. Acesso em: 20 fev. 2018.

39 ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDERMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 196.

40 ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS,* Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/77401>. Acesso em: 20 fev. 2018.

41 Publicada pela editora Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, no ano de 2011.

42 PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 224/06.7GAVZL.C1.S1, 3ª Seção, Relator Santos Cabral, julgado em 10/04/2013. Unanimidade. Recurso Penal Provido. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?OpenDocument>. Acesso em: 03 fev. 2018.

partir da disciplina legislativa, vir a constituir um novo e válido instrumento de justiça penal pactuada no Brasil.

4. Considerações finais

O artigo 22, I, da CF/1988, que prevê a competência privativa da União para legislar sobre direito processual, não permite que o CNMP, por ato administrativo, crie um novo instrumento de solução antecipada de casos criminais. Uma resolução, por ser um ato normativo secundário, não pode promover alterações na esfera da legislação processual penal, desprezando a competência constitucional do Congresso Nacional.

Embora o acordo de não persecução penal tenha sido criado para ser celebrado durante a fase de investigação, parece inegável que o instituto versa sobre o processo penal, de maneira que não podia ter sido instituído e disciplinado por resolução do CNMP. Ainda que se viesse a entender que a matéria tem natureza procedimental, haveria ofensa ao artigo 24, XI, da CF/1988, que confere à União, aos Estados e ao Distrito Federal a competência para legislarem, concorrentemente, sobre a matéria.

A Lei nº 9.099/1995, que disciplina os institutos de consenso para infrações de pequeno e médio potencial ofensivo (transação penal e suspensão condicional do processo), a Lei nº 12.529/2011, que versa sobre o acordo de leniência, e a Lei nº 12.850/2013, que regulamenta o acordo de colaboração premiada, não servem para emprestar legalidade ou constitucionalidade ao acordo de não persecução penal, pois sua introdução no ordenamento pátrio deve decorrer de lei própria.

Conquanto o acordo estudado seja similar a um TAC, na medida em que se convenciona que não haverá oferecimento da denúncia no caso de integral cumprimento de determinadas obrigações de fazer, não fazer ou dar (medidas diversas do encarceramento), não há como se afastar a exigência de lei que crie e discipline tal tipo de avença, valendo lembrar que o próprio TAC também foi concebido e regrado por lei.

O acordo de não persecução penal, por envolver a renúncia ou o não exercício de direitos fundamentais dos investigados (art. 18, II, da resolução), deve necessariamente ser instituído e regrado por lei, como se deu com as demais ferramentas de consenso do ordenamento processual penal brasileiro.

As obrigações a serem cumpridas pelos investigados em fase pré-processual não são penas, já que não serão impostas pelo Estado-juiz, mas inegavelmente constituem medidas bem similares às penas restritivas de direitos elencadas no Código Penal brasileiro. Isso, todavia, não dispensa a exigência de lei para conceber e regrar o mecanismo em discussão, já que o *Parquet*, ao propor tal acordo, estará exercendo um poder decorrente de sua condição de titular da ação penal, o que deve ser feito na forma da lei (art. 129, I, da CF/1988).

Assim, fica clara a inconstitucionalidade formal do artigo 18 da Resolução nº 181/2017 do CNMP.

Não bastasse, o acordo de não persecução penal também padece de inconstitucionalidade material, pois contraria a supracitada regra constitucional do artigo 129, I, da CF/1988. Tal preceito, assim como o artigo 24 do CPP, dá sustentáculo ao princípio da indisponibilidade ou da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, que não pode ser mitigado ou flexibilizado sem amparo na lei. Esse postulado não é um mito, pois, além de estar respaldado nos aludidos dispositivos (constitucional e legal), decorre também das regras contidas nos artigos 28, 29, 42 e 576, todos do CPP vigente. Só a lei, nesse contexto, pode prever hipóteses que representem a mitigação ou flexibilização do mencionado princípio.

Enfim, o exercício da atribuição de persecução penal pelo Ministério Público, no atual modelo pátrio de processo penal demo-

crático, deve efetivar-se *na forma da lei*, não podendo um órgão administrativo, mesmo autônomo e de controle, ignorar os preceitos legais em pleno vigor para conceber e regulamentar um novo mecanismo de justiça penal pactuada.

Referências

ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade – reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo. *In*: *Jornadas de Direito Processual Penal* - O Novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1995.

ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS,* Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/77401>. Acesso em: 20 fev. 2018.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). *Acordo de não persecução penal*: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 249-299.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do acordo de não persecução penal. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). *Acordo de não persecução penal*: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 50-86.

BEDÊ JUNIOR, Américo. O acordo de não persecução penal: permissões e vedações. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). *Acordo de não persecução penal*: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 301-312.

BEGGIATO, Túlio Fávaro. *Prosecutorial discretion*: o anacronismo do mito da obrigatoriedade da ação penal. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 15, n. 47, p. 351-379, jan./jun. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181/2017.* Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A30-181_2.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2018.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP). *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). *Acordo de não persecução penal*: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 21-48.

CHINCHILLA, Carlos Morales; DELGADO, Daniel Sánchez. *Procedimiento expedito para los delitos en flagrancia*. Costa Rica: IJSA, 2015.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MELO, André Luis Alves de. Da não obrigatoriedade da ação penal pública. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). *Acordo de não persecução penal*: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 149-192.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais:* trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012.

PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PODERES exagerados. OAB vai ao Supremo contra norma do MP que perdoa quem confessa crime. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 out. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-17/oab-questiona-norma-mp-perdoa-quem-confessa-crime>. Acesso em: 02 fev. 2018.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 224/06.7GAVZL.C1.S1, 3ª Seção, Relator Santos Cabral, julgado em 10/04/2013. Unanimidade. Recurso Penal Provido. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?OpenDocument>. Acesso em: 03 fev. 2018.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal. Uma visão de Direito Comparado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal,* Coimbra, ano 8, fasc. 2, abr./jun. 1998.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDERMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). *Acordo de não persecução penal*: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 87-107.

TÁVORA, Nestor. *Princípio da adequação e resolução antecipada do mérito do processo penal.* Salvador: Juspodivm, 2009.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA
Revista do TRF3 - Ano XIX - n. 137 - Abr./Jun. 2018

O princípio da vedação ao confisco e as multas tributárias na atual jurisprudência do STF

Michelle Camini Mickelberg

Juíza Federal. Mestranda em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Bacharel em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

RESUMO: O presente trabalho trata dos parâmetros utilizados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando da análise da aplicação do princípio da vedação ao confisco às multas tributárias. O estudo aborda, ainda, os principais aspectos que envolvem a previsão de tal princípio na Constituição da República de 1988, bem como a sua relação com as sanções tributárias.

PALAVRAS-CHAVE: Tributário. Confisco. Multa. Sanção. Jurisprudência. STF.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. A vedação ao confisco na Constituição da República de 1988. 3. As multas tributárias e a vedação ao confisco. 4. A jurisprudência atual do STF. 5. Considerações finais. Referências.

1. Considerações iniciais

As questões que envolvem a aplicação da cláusula constitucional de vedação ao confisco são sempre muito interessantes e, ao mesmo tempo, inquietantes, dada a ausência de contornos seguros acerca desse princípio. Como as controvérsias não são poucas, nos centraremos na aplicabilidade do não confisco às sanções tributárias e nos fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para redução de multas consideradas excessivas.

Inicialmente, teceremos algumas considerações sobre o princípio da vedação ao confisco na Constituição da República de 1988 (CR/88). Após, passaremos à análise das sanções administrativas tributárias e da sua relação com a norma constitucional que proíbe o confisco. Finalmente, nos debruçaremos sobre a jurisprudência do STF, a fim de dissecar os principais argumentos utilizados

pela Corte para reconhecer ou afastar a natureza confiscatória das multas tributárias e seu acerto à luz dos critérios que informam o direito sancionatório, antes estabelecidos.

2. A vedação ao confisco na Constituição da República de 1988

A vedação expressa à instituição de tributo com efeito de confisco vem insculpida, na CR/88, nas limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 150, IV), constituindo um direito individual dos contribuintes. As constituições anteriores não continham tal previsão; a Constituição de 1934, embora não se utilizasse do vocábulo *confisco*, determinava, em seu artigo 185, que "nenhum imposto poderá ser elevado além de vinte por cento do seu valor ao tempo do aumento".

Nada obstante a ausência de previsão expressa, parte da doutrina já entendia, antes do advento da CR/88, serem proibidos tributos confiscatórios, em decorrência da vedação genérica às penas de confisco (art. 153, § 11, da EC 01/1969) e da garantia do direito de propriedade (art. 153, § 22, da EC 01/1969). Aliomar Baleeiro já assinalava que referidos dispositivos constitucionais protegiam o confisco tributário, na medida em que um tributo que absorvesse todo o patrimônio do contribuinte ou destruísse a empresa seria incompatível com a graduação do tributo pela capacidade econômica do contribuinte, preconizada pelo texto constitucional.[1]

Em que pese a vedação ao confisco seja extraível do direito de propriedade e da livre iniciativa, não se pode negar que a sua previsão explícita reforça a sua imperatividade e amplia o seu alcance ao vedar não apenas o confisco em si, mas qualquer tributação que acarrete tal efeito.[2]



O texto constitucional atual se refere ao termo *confisco* apenas no citado artigo 150, IV, relativo às limitações constitucionais ao poder de tributar. Todavia, a proibição genérica ao confisco se extrai do próprio direito de propriedade, garantido pelo artigo 5º, XXII, da CR/88 e conformado pela sua função social. De outro lado, a *pena* de perda de bens está permitida no inciso XLVI do aludido artigo 5º.

No direito alienígena, percebe-se que o confisco/perda de bens está ligado, em regra, ao direito penal e aduaneiro, como consequência de determinado crime ou da introdução irregular de bens e mercadorias no país.[3] Daí exsurge a natural distinção entre confisco e tributo: suas finalidades.

A doutrina diverge se a norma que veda a tributação com efeito de confisco seria um valor, um princípio ou um limite objetivo.

O professor Paulo de Barros Carvalho distingue os princípios em valores e limites objetivos. Os primeiros se caracterizam por sua incomensurabilidade, historicidade e indefinibilidade, dentre outras características. De outro lado, os segundos são identificados de forma plena e imediata e visam justamente

1 BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 8. ed. atual. por Mizabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 902.

2 HORVATH, Estevão. *O princípio do não-confisco no direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 40-41.

3 FERREIRA, Jean Marcos. *Confisco e perda de bens no direito brasileiro*. Campo Grande: Gibim, 2000, p. 46-61.

à realização dos valores constitucionais, tais como os princípios da anterioridade e da irretroatividade.[4] A vantagem dos limites objetivos está no afastamento da subjetividade que envolve os valores, possibilitando um controle de cumprimento típico de uma regra.

Fabio Brun Goldschmidt defende que a vedação ao confisco, tal como posta no texto constitucional, deveria ser vista como um instrumento (limite objetivo) de proteção do direito de propriedade (valor). Conclui o autor, porém, que a determinação de um tributo como confiscatório, em nosso ordenamento, está longe de ser objetiva, de modo que não resta outra saída a não ser encará-lo como valor em si mesmo, no estágio atual.[5]

Para Renato Lopes Becho, o confisco integra a dimensão ética dos valores, sendo uma medida de justiça e liberdade.[6]

A instituição do tributo se fundamenta na solidariedade entre os membros de uma comunidade, necessária para a consecução do bem comum. Por essa razão, o Código Tributário Nacional (CTN), em perfeita harmonia com essa noção, definiu o tributo como prestação pecuniária que *não constitui sanção de ato ilícito*. O tributo não tem a função de apenar o contribuinte, uma vez que é dever desse colaborar financeiramente para a implementação dos fins estatais expostos na Constituição. Conforme ensina Luciano Amaro, "o tributo, portanto, resulta de uma exigência do Estado, que, nos primórdios da história fiscal, decorria da vontade do soberano, então identificada com a lei, e hoje se funda na lei, como expressão da vontade coletiva".[7]

O professor Estevão Horvath destaca que, se a tributação for inconstitucional, seu efeito será inevitavelmente confiscatório.[8] Isso porque, inexistindo fundamento constitucional na imposição de prestação pecuniária pelo Estado, ou seja, não se tratando de uma tributação regularmente consentida pelos contribuintes por meio da observância das normas constitucionais, a arrecadação de parcela do seu patrimônio é sentida como pena, porque injusta.

Pois bem. A conexão entre tributo e confisco se estabelece justamente em razão de suas finalidades distintas: se o tributo não constitui pena, não pode o legislador apenar o contribuinte por meio da roupagem de tributo. A vedação constitucional ao confisco tributário visa justamente a evitar que a célebre frase do *Chief Justice Marshall* (o poder de tributar envolve também o poder de destruir) torne-se verdadeira. Ademais, "impede que se atinja o mesmo objetivo dos déspotas, o confisco, utilizando uma ferramenta necessária para o Estado Democrático de Direito: o tributo".[9]

É de se ver que tanto o confisco quanto o tributo acarretam, em alguma medida, a transferência do patrimônio do indivíduo para o Estado. Por essa razão, o constituinte de 1988 vedou que o tributo fosse instituído com *efeito* de confisco, ou seja, não importa que não seja denominado ou que não tenha a mesma finalidade, o efeito não pode ser o mesmo. Questiona-se, porém, qual seria exatamente o mencionado *efeito de confisco*?

O professor Renato Lopes Becho conceitua o confisco tributário "como a transferência total ou de parcela exagerada e insuportável do bem objeto da tributação, da propriedade do contribuinte para o Estado".[10] O autor esclarece, porém, que o aludido *efeito confiscatório* é um conceito indeterminado, exigindo um esforço interpretativo na tentativa de que seus contornos sejam mais ou

4 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 161-164.
5 GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. O princípio do não-confisco como valor e como limite objetivo. *Revista de Direito Tributário*, n. 77, 2002, p. 182-184.
6 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia no direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 421.
7 AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 39.
8 HORVATH, Estevão. *O princípio do não-confisco no direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 50.
9 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia no direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 430.
10 *Idem*, p. 412-413.

menos delimitados pelo intérprete.

A dificuldade de definição da extensão e dos exatos contornos do tributo com efeito confiscatório não esvazia, contudo, a norma constitucional. A delimitação do efeito confiscatório há de ocorrer no caso concreto, sendo certo que, nas hipóteses que constituam casos extremos, não haverá maiores dificuldades em se afirmar a ocorrência ou não de violação à norma do artigo 150, IV, da CR/88. O maior desafio reside, sem dúvida, na denominada zona cinzenta ou limítrofe. Nesse sentido, ensina Paulo de Barros Carvalho:

> A intuição, que sabemos ser poderoso instrumento cognoscitivo, indica-nos alguns casos flagrantes. Todavia, não oferece diretriz segura. Terreno fecundo para facilitar a identificação temos nos tributos que gravam a propriedade imobiliária e mesmo a titularidade de bens móveis com características de durabilidade, em que a incidência acontece periodicamente, caindo de maneira sistemática para suscitar novas relações tributárias. [...] De evidência que qualquer excesso impositivo acarretará em cada um de nós a sensação de confisco. Porém, o difícil é detectarmos os limites. Haverá sempre uma zona nebulosa, dentro da qual as soluções resvalarão para o subjetivismo.[11]

Nada obstante, entendemos que não seria sequer recomendável que o constituinte de 1988 tivesse delimitado o seu conceito ou estabelecido um limite específico, como fez a carta constitucional de 1934, tendo em vista que, a depender da manifestação de riqueza tributada e da espécie de tributo, o percentual dito confiscatório não necessariamente será o mesmo.[12] Nesse contexto, o juízo jurídico do caráter confiscatório de determinada exação somente poderá ser exercido após o conhecimento do conteúdo da lei que a institui.[13]

Veja-se, por exemplo, os casos de tributação extrafiscal, cuja finalidade estatal predominante não é arrecadatória, mas busca desestimular determinado comportamento do contribuinte. Parece-nos claro que, nessas hipóteses, a interpretação relativa ao efeito de confisco será mais elástica,[14] uma vez que a apropriação do patrimônio do cidadão reside, em tese, em uma finalidade de cunho constitucional.

Feitas essas breves considerações sobre o confisco em matéria tributária, passaremos às sanções administrativas nesse ramo do direito e como se relacionam com o princípio constitucional em debate.

3. As multas tributárias e a vedação ao confisco

A sanção externa e institucionalizada diferencia a norma jurídica de outras normas, de modo que, "para que haja direito, é necessário que haja, em maior ou menor grau, uma organização, isto é, um completo sistema normativo".[15] Partindo dessa premissa, dividem-se as normas jurídicas em normas primárias e secundárias:[16] a norma primária prescreve uma conduta permitida, obrigatória ou proibida (modais deônticos); a norma secundária, por sua vez, é a norma sancionatória por excelência, prescrevendo

11 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 177-178.

12 SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Confisco, mínimo existencial e isonomia. *In*: ARAÚJO E MENDONÇA, Maria Lirida Calou de. *Direito constitucional tributário contemporâneo*. Florianópolis: Conceito, 2013, p. 199.

13 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia no direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 418-419.

14 HORVATH, Estevão. *O princípio do não-confisco no direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 91.

15 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011, p. 43.

16 Estamos com Paulo de Barros Carvalho quando ensina que a norma jurídica é uma só, formada pelas normas primária e secundária, uma vez que não existe norma jurídica sem sanção. A norma de conduta é apenas um enunciado prescritivo, que precisa se unir à norma sancionadora, para compor a norma jurídica em seu sentido completo. (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 190-194)

que, em caso de descumprimento da norma primária (ilícito), haverá a intervenção do Estado-Juiz, que forçará o seu cumprimento através da coação.[17]

Nada obstante, dita sanção, objeto da norma secundária, não se confunde com as sanções aplicadas pelo Estado-Administração, as quais complementam a norma primária e são objeto do direito sancionatório, denominadas normas primárias sancionadoras.[18] Conforme ensina Eurico Marcos Diniz De Santi, nas normas primárias se estabelecem as relações de direito material e, nas secundárias, as relações de direito formal (processual, adjetivo) e que incluem necessariamente a intervenção do Estado-Juiz.[19]

O estudo do direito sancionatório em âmbito tributário ainda é bastante embrionário, não possuindo uma teoria própria. As infrações administrativas, gênero na qual se incluem as tributárias, dizem respeito à violação de uma norma primária cujo conteúdo esteja relacionado ao campo de incidência material e formal do direito administrativo em sentido amplo. A norma primária sancionadora tem como antecedente a infração à referida norma primária prescritora de condutas e, como consequente, a imposição de um castigo ao sujeito passivo.

O CTN possui poucas disposições acerca das sanções em âmbito tributário. No artigo 97, V,[20] explicita a aplicação do princípio da legalidade tributária também em matéria de infrações; no artigo 106, II, "a" e "c",[21] resta evidenciado o influxo dos princípios típicos do direito penal no direito sancionatório, na medida em que prevista a retroatividade da lei que deixa de definir o ato como infração (espécie de *abolitio criminis*) e da lei mais benigna (que comina penalidade menos severa para o mesmo ato).

Não podemos deixar de mencionar, ainda, a controvertida norma do artigo 136 do CTN, consoante a qual "salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato". Tal dispositivo legal gera uma série de incertezas acerca da natureza da responsabilidade tributária, cujo aprofundamento refoge ao escopo do presente trabalho.

Na esfera federal, a Lei nº 9.430/1996 dispõe, no artigo 44 e seguintes, sobre as multas no lançamento de ofício e, no artigo 61, sobre a multa de mora. Nesse ponto, é importante destacar que o legislador não se mostrou criterioso, uma vez que não classificou de modo didático as diferentes espécies de multas; coube à doutrina diferenciá-las e nominá-las.

Além disso, entendemos também que pecou o legislador ao não estabelecer critérios de graduação das multas de acordo com especificidades das condutas praticadas; a fixação genérica de percentuais acaba por punir do mesmo modo ações dos contribuintes com

17 Kelsen outorga tamanha importância à sanção que erige a norma sancionatória à categoria de norma primária, denominando norma secundária a prescritora de condutas, destinada a evidenciar o comando contido na norma primária. Entretanto, o jusfilósofo inverte seu conceito, em Teoria Geral das Normas, admitindo como norma primária efetivamente a que prescreve uma conduta permitida, proibida ou obrigatória. (*apud* SILVA, Paulo Roberto Coimbra. *Direito tributário sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 43-44)

18 Aurora Tomazini de Carvalho formula classificação própria, denominando norma primária derivada punitiva a que denominamos norma primária sancionadora, destacando que a hipótese constitui um descumprimento de condutas previstas na norma precedente e o consequente, a implicação de uma relação jurídica que consubstancia um castigo para o sujeito passivo. (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito penal tributário* (uma análise lógica, semântica e jurisprudencial). São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 76)

19 SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Lançamento tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38.

20 "Art. 97. Somente a lei pode estabelecer: [...] V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas; [...]".

21 "Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: [...] II - tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; [...] ; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática."

níveis de gravidade absolutamente distintos.

Entender as diferentes espécies de multas previstas em nosso ordenamento pátrio se mostra essencial para uma melhor compreensão de como vem sendo aplicado o princípio da vedação ao confisco nessa seara. Passamos, então, a sucintos apontamentos a esse respeito, direcionando nosso enfoque para as multas aplicadas na esfera federal.

A doutrina divide as multas tributárias, em regra, em (i) multa de mora, (ii) multa de ofício, (iii) multa agravada, (iv) multa qualificada e (v) multa isolada, embora, como já antes referido, a legislação não mencione quaisquer desses termos.

A multa de mora incide diante do não pagamento do tributo na data de vencimento, instaurando-se a relação jurídica sancionatória entre o particular e o Fisco em virtude do atraso no cumprimento da obrigação tributária.[22] Nessa espécie de sanção, é possível concluir que *predomina* o caráter indenizatório da multa, com a função precípua de compensar o Poder Público por ter recebido a destempo o montante devido.[23] Não se pode perder de vista, contudo, que toda sanção encerra em si mesma uma nota punitiva, possuindo um caráter repressivo e preventivo de condutas contrárias ao ordenamento jurídico. Por essa razão, entendemos que não se afigura correto afirmar, de modo genérico, que a multa de mora não ostenta caráter punitivo.[24]

A multa de ofício possui tal nomenclatura em alusão ao procedimento administrativo de lançamento de ofício e sua incidência está relacionada à ausência de pagamento do tributo até o início da ação fiscal. Está prevista no artigo 44, I, da Lei nº 9.430/1996,[25] no patamar de 75% sobre o valor inadimplido, envolvendo ausência de pagamento, ausência de declaração ou declaração inexata. É de se notar que é suficiente que haja apenas a falta de recolhimento do tributo, ainda que tenha havido regular declaração ao Fisco, para que a multa incida em referido patamar.

Por sua vez, as multas agravada e qualificada são, na verdade, subespécies da multa de ofício, na medida em que também são aplicadas pelo Fisco nesse tipo de lançamento.

A multa qualificada visa a punir de modo mais severo as condutas, descritas na Lei nº 4.502/1964, de fraude,[26] conluio[27] e/ou sonegação[28] e que, em regra, correspondem, também, a infrações penais tipificadas na Lei nº 8.137/1990. Assim, dada a gravidade das condutas, elevou o legislador o patamar da multa de ofício de 75% para 150% (artigo 44, § 1º, da Lei nº 9.430/1996).[29]

A multa agravada encontra previsão no artigo 44, § 2º, da Lei nº 9.430/1996,[30]

22 PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. *As sanções no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2015, p. 268.

23 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 499.

24 Nesse sentido, o enunciado sumular do STF nº 565, o qual dispõe que "a multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência".

25 "Art. 44. [...] I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata".

26 "Art. 72. Fraude é tôda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do impôsto devido a evitar ou diferir o seu pagamento."

27 "Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72."

28 "Art. 71. Sonegação é tôda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária: I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais; II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente."

29 "Art. 44. [...] § 1º. O percentual de multa de que trata o inciso I do *caput* deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)"

30 "Art. 44. [...] § 2º. Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do *caput* e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: I - prestar esclarecimentos; II - apresentar os arquivos ou



e, na verdade, prevê o aumento em 50% das multas de ofício (75%) e qualificada (150%) em hipóteses que o sujeito passivo dificulta a atuação fazendária após o início do procedimento de fiscalização, deixando de prestar esclarecimentos ou de apresentar documentos e arquivos solicitados.

Por derradeiro, a multa isolada é aquela aplicada sem o lançamento conjunto de tributo devido; portanto, em regra, diz respeito ao descumprimento dos chamados deveres instrumentais (obrigações acessórias). Citamos, como exemplo, a multa do artigo 44, II, "a" e "b", da Lei nº 9.430/1996,[31] cuja norma tem como hipótese o descumprimento do dever de adiantar o pagamento do imposto sobre a renda quando percebidos ganhos no exterior por pessoa física e por pessoas jurídicas sujeitas à apuração do lucro real, ainda que, no ajuste, não seja apurado imposto a pagar.

Nesse contexto, podemos perceber que as diferentes espécies de multas possuem, no antecedente da sua regra matriz, hipóteses distintas, cujos níveis de gravidade da violação ao ordenamento jurídico são também diversos. Na esfera administrativa, assim como no direito penal, o direito punitivo deve observar uma estrita proporcionalidade entre a conduta violadora do bem jurídico protegido e a sanção a ser aplicada.

Entendemos, porém, que o legislador deveria ter explorado mais as particularidades das condutas ilícitas praticadas pelos sujeitos passivos, de modo a permitir uma melhor graduação da sanção aplicada, dentro de cada espécie de multa. Não se pode negar, contudo, que os patamares das sanções pecuniárias estabelecidos pelo legislador, como visto acima, estão pautados por um critério de proporcionalidade com a gravidade da infração praticada.

Por essa razão, entendemos que não cabe falar em aplicação do princípio da vedação ao confisco às multas tributárias. Os critérios que orientam o legislador na fixação de uma sanção, cuja natureza é precipuamente punitiva, não possuem correlação com aqueles que embasam o estabelecimento de um tributo, que, justamente, não pode ter natureza de pena.

Assim, a nosso ver, não se trata apenas de uma interpretação pretensamente literal do dispositivo constitucional, que veda a utilização de *tributo* com efeito de confisco. A norma do artigo 150, IV, da CR/88 possui uma razão de ser fundada na necessidade de se evitar que o legislador possa utilizar a tributação, exigência da nossa sociedade, como meio para se apropriar do patrimônio dos particulares.

sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991; III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)"

31 "Art. 44. [...] II - de 50% (cinqüenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)"

De outro lado, as sanções administrativas, a exemplo das criminais, devem observar um juízo de proporcionalidade, pois, nesse aspecto, o risco é o legislador estabelecer punições que não possuam correlação com a gravidade dos ilícitos praticados. Também não se pode perder de vista a função preventiva que o direito sancionatório exerce, visando a desincentivar as condutas contrárias ao direito.

Tais premissas serão de extrema importância para a análise dos fundamentos utilizados nos julgados do STF sobre a matéria, à qual passamos a seguir.

4. A jurisprudência atual do STF

O debate concernente à possibilidade de redução de multas tributárias consideradas excessivas não é novo. Conforme Marciano Seabra de Godoi, o acórdão mais antigo por ele encontrado sobre o tema é de 1966, Recurso Extraordinário 57.904/SP,[32] em que o STF manteve a decisão judicial que reduziu o valor da multa tributária por reputá-la *desproporcional*.[33]

Iremos nos ater, contudo, a alguns julgados posteriores à CR/88, a fim de melhor delimitar nossa análise das razões de decidir do STF em confronto com as noções antes expostas, ainda que de forma breve, sobre o princípio da vedação ao confisco e as sanções tributárias.

Destacamos que o STF, na maior parte das vezes, tem utilizado, no âmbito das multas tributárias, a expressão *confiscatório* praticamente como sinônimo de *desproporcional*;[34] reduz-se, assim, a nosso ver, a diferença prática entre o nosso entendimento e do STF quanto à aplicação do princípio constitucional em debate em matéria de sanções. A importância da divergência reside, de fato, nos parâmetros utilizados para considerar excessivas, ou não, as multas tributárias aplicadas aos sujeitos passivos.

Primeiramente, calha observar que, em certos casos, o STF reputou necessário o reexame da matéria fática para aferição de violação ao não confisco,[35] encontrando óbice na Súmula nº 279;[36] já em outros julgados, o mesmo Tribunal entendeu possível a análise da constitucionalidade da multa aplicada, ao entendimento de que necessária apenas uma releitura das provas, e não o seu reexame.[37]

Por sua vez, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 799.547/MG,[38] a Ministra Cármen Lúcia, relatora, adicionou um novo fundamento não verificado nos arestos anteriores: nas multas que não ultrapassam o valor do tributo devido, não há *manifesta* contrariedade à proibição do confisco, de modo que a análise de eventual desproporcionalida-

32 STF, Primeira Turma, RE 57.904/SP, Relator Ministro Evandro Lins, DJ 24/06/1966.

33 GODOI, Marciano Seabra de. Decisões judiciais que limitam de forma genérica a multa de ofício a 100% do valor do tributo: desvio e deturpação da jurisprudência do STF. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2015, p. 290.

34 *E.g.*: "Esta Suprema Corte firmou orientação quanto à possibilidade do controle de constitucionalidade das multas desproporcionais, isto é, que tenham efeito confiscatório sem justificativa." (STF, Segunda Turma, AgRg no RE com Ag 682.546/SC, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJe 31/07/2012)

35 No AgRg no AI 769.089/MG, a ementa registra a existência de controvérsia acerca do ilícito praticado e que, por essa razão, incidiria o óbice da Súmula nº 279 (STF, Primeira Turma, Relatora Ministra Rosa Weber, DJe 13/03/2013). De outro lado, no Ag Rg no RE 547.559/SC, a Ministra Rosa Weber assim consignou no voto condutor do acórdão: "A jurisprudência desta Corte se posicionou no sentido de que a aplicação do princípio do não confisco tributário, inscrito no art. 150, IV, da Constituição da República, às sanções pecuniárias, envolve um juízo de proporcionalidade entre o ilícito e a penalidade. Pressupõe, portanto, a clara delimitação de cada um desses elementos. Dentro dessa moldura, para alcançar entendimento distinto do agasalhado pela Corte de origem quanto ao efeito confiscatório da multa, necessário se faz revolver fatos e provas, o que esbarra no óbice do enunciado da Súmula 279 deste STF". (STF, Primeira Turma, Relatora Ministra Rosa Weber, DJe 10/12/2013). No mesmo sentido, dentre outros, o AgRg no RE 631.769/MG (STF, Primeira Turma, Relatora Ministra Rosa Weber, DJe 10/02/2014).

36 STF, Súmula nº 279: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário".

37 STF, Segunda Turma, AgRg no RE com Ag 682.546/SC, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJe 31/07/2012.

38 STF, Segunda Turma, AgRg no RE 799.547/MG, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe 05/05/2014.

de demandaria reexame de fatos e provas. No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 733.656/PR, restou decidido que a discussão sobre a confiscatoriedade de uma multa de 77% esbarrava na Súmula nº 279, "haja vista não se tratar de hipótese em que a contrariedade ao postulado constitucional sobressaia de forma clara e objetiva, como nos casos acima citados".[39]

Inevitável concluir, pois, que o STF não tem utilizado um critério seguro para definir as hipóteses em que há necessidade de reexame de fatos e provas para aferição da violação ao princípio do não confisco.

Pois bem. No bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.075/DF,[40] em 1998, o STF decidiu pela concessão da medida cautelar, a fim de suspender a eficácia do artigo 3º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.846/1994, o qual previa multa de 300% do valor da operação ou do serviço prestado para vendas/serviços sem a comprovação de emissão de nota fiscal, recibo ou documento equivalente. O voto da Relatoria do Ministro Celso de Mello, que prevaleceu, não se debruça sobre a conduta sancionada pela referida norma, tampouco procede a um juízo de proporcionalidade da sanção legalmente prevista.[41]

De outro lado, em 2010, a Segunda Turma, ao negar provimento ao Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 523.471/MG,[42] registrou acertadamente que:

> A mera alusão à mora, pontual e isoladamente considerada, é insuficiente para estabelecer a *relação de calibração e ponderação necessárias entre a gravidade da conduta e o peso da punição*. É ônus da parte interessada apontar peculiaridades e idiossincrasias do quadro que permitiriam sustentar a *proporcionalidade da pena almejada*.

Percebe-se, pois, que, nesse caso, foi ponderada a necessidade de proporcionalidade entre a conduta punida e a pena, embora a Corte não tenha procedido a tal avaliação ao argumento de que o recorrente não apontou os motivos pelas quais a sanção, reduzida na origem por confiscatória, seria adequada.

Curioso, contudo, que tal precedente foi posteriormente utilizado pela Primeira Turma, nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 805.745/PR, para manter a redução da multa tributária de 200% para 100% pela instância de origem, sem que nada fosse referido acerca da proporcionalidade da pena em confronto com a conduta punida.[43] Estranha-se, ainda, o fato de ter constado no voto condutor do acórdão que "o Supremo tem reduzido o percentual de multas com efeito confiscatório para algo em 30% do valor do tributo", reportando-se ao Recurso Extraordinário 523.471/MG, acima citado, em que foi mantida a redução da multa para 30% justamente porque o recorrente não teria demonstrado, em seu recurso, a proporcionalidade entre a sanção prevista e a gravidade da conduta sancionada.

Já no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 754.554/GO,[44] o Ministro Celso de Mello, relator, novamente tece longas considerações referentes à vedação ao confisco, assim como em seu voto na ADI 1.075/DF; porém, agora, agrega a necessidade de observância do critério da razoabilidade e

39 STF, Segunda Turma, AgRg no RE 733.656/PR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 14/08/2014.

40 STF, Pleno, ADI 1.075/DF, Relator Ministro Celso de Mello, DJe 24/11/2006.

41 Marciano Seabra de Godoi pontua que "o voto do relator gastou 11 páginas repisando argumentos genéricos e retóricos que podem ser usados para fundamentar qualquer decisão a respeito do tema [...]" (GODOI, Marciano Seabra de. Decisões judiciais que limitam de forma genérica a multa de ofício a 100% do valor do tributo: desvio e deturpação da jurisprudência do STF. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2015, p. 298).

42 STF, Segunda Turma, AgRg no RE 523.471/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJe 22/04/2010, destaques nossos.

43 STF, Primeira Turma, EDcl no AI 805.745/PR, Relatora Ministra Rosa Weber, DJe 26/06/2012.

44 STF, Segunda Turma, AgRg no RE 754.554/GO, Relator Ministro Celso de Mello, DJe 27/11/2013.

transcreve trecho da sentença de primeira instância, que explicitou os motivos pelos quais reputara a multa de 25% sobre o valor da operação desproporcional e confiscatória.

É de se notar que, na hipótese em comento, o fundamento utilizado foi o de que a sanção, por incidir à alíquota de 25% sobre o valor da operação, ultrapassaria o valor do imposto devido, sendo, por essa razão, desproporcional e confiscatória. Nada obstante, ao menos no trecho da sentença transcrito no voto, não há qualquer referência à espécie de conduta apenada pela multa debatida, tampouco exposição dos motivos pelos quais a sanção não poderia exorbitar do montante devido a título de tributo.[45]

As antigas referências nos julgados do STF a respeito da necessidade de correlação entre a gravidade do ilícito e a sanção aplicada, especialmente naqueles da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, ao que parece, têm sido deixadas de lado.

Requer atenção, nesse aspecto, o trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 733.656/PR, que afirma a necessidade de análise do conjunto fático-probatório, "em especial se há desproporcionalidade entre o valor da multa e o patrimônio do contribuinte [...]".[46] Ora, sendo a multa sanção pela prática de um ilícito, não há que ser proporcional ao patrimônio do contribuinte, mas sim reprimir adequadamente a infração por este praticada, independentemente de sua condição econômica. Assinalo que os precedentes citados pelo relator, no trecho mencionado, tão somente concluem pela aplicação da mencionada Súmula nº 279 do STF.[47]

Veja-se que o Ministro Marco Aurélio já afirmou que "independentemente dos elementos fáticos envolvidos, considerada a conduta do contribuinte punida, a manutenção de multa tributária acima do valor da própria obrigação principal está em clara desarmonia com a jurisprudência do Supremo".[48] Nesse caso, não ficou claro se a conduta punida foi ou não levada em consideração para reputar a multa de 120% confiscatória na hipótese, mas o fato é que não foi externado qual teria sido o ilícito praticado e a espécie de multa aplicada.

Por outro lado, no voto da relatoria do Ministro Roberto Barroso no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 727.872/RS, visualizamos pela primeira vez uma análise das diferentes espécies de multa, centrando-se nas distinções entre a multa de caráter punitivo e moratório:

> As multas moratórias possuem como aspecto pedagógico o desestímulo ao atraso. As multas punitivas, por sua vez, revelam um caráter mais gravoso, mostrando-se como verdadeiras reprimendas. Não é razoável punir em igual medida o desestímulo e a reprimenda.[49]

Entretanto, no mesmo precedente, o Ministro Barroso opta por fixar como parâmetros os patamares de 100% para as multas "punitivas" e 20% para as "moratórias".

O aludido precedente mostra-se, a nosso ver, extremamente relevante, uma vez que não se vislumbrou nos julgados anteriores qualquer preocupação com a espécie de multa aplicada, o que é inadmissível em nosso entendimento. Repetimos: a aferição da proporcionalidade da sanção não pode prescindir do ilícito sancionado, que não é o mesmo dentre

45 Nesse particular, deixamos de adentrar na controvérsia acerca da constitucionalidade da fixação da multa em percentual incidente sobre o valor da operação e não do imposto devido, a qual, aparentemente, não guarda relação com o ilícito praticado.

46 STF, Segunda Turma, AgRg no RE 733.656/PR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 14/08/2014.

47 Destacamos que, no AI 483.502/RS, citado no voto do relator, a parte sustentava que a multa aplicada, considerada válida pelas instâncias de origem, violava a sua capacidade contributiva, de modo que foi argumentado que tal análise demandaria reexame de fatos; porém, não foi, a nosso ver, afirmado pelo Ministro Sepúlveda Pertence que a sanção deveria ser proporcional à capacidade contributiva do contribuinte.

48 STF, Primeira Turma, AgRg no RE 833.106/GO, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe 11/12/2014.

49 STF, Primeira Turma, AgRg no RE 727.872/RS, Relator Ministro Roberto Barroso, DJe 15/05/2015.

as várias multas previstas pelo legislador.

A despeito da evolução que nos mostra o acórdão relatado pelo Ministro Roberto Barroso, temos que, mesmo nas chamadas multas punitivas, que seriam aquelas aplicadas de ofício pelo Fisco, como vimos no tópico precedente, as infrações apenadas são distintas entre si; não se pode analisar a proporcionalidade (e confiscatoriedade na visão do STF) de uma multa de ofício que apena tão somente uma ausência de pagamento da mesma forma que aquela que sanciona uma conduta tida, também, como criminosa.

Todavia, mesmo levando em conta os julgados antes mencionados que referiam a necessidade de proporcionalidade entre a conduta infracional praticada e a sanção prevista pelo ordenamento, fato é que o STF não chegou a se debruçar, efetivamente, sobre tal relação; adotou patamares objetivos e genéricos apenas com base na distinção entre multa punitiva e moratória.

Percebemos que, nas hipóteses em que o STF não acolhe a alegação do recorrente, costuma afirmar que a apreciação da proporcionalidade da multa dependeria do reexame de fatos e provas, inviável na via recursal extraordinária, mesmo tendo o Ministro Joaquim Barbosa afirmado em diversos julgados unânimes que se estaria diante de mera releitura do conjunto fático-probatório. Porém, ao acolher a alegação de violação à proibição do confisco em outros recursos, aduz genericamente que a penalidade administrativa se mostra desproporcional e violadora do princípio do não confisco.

De outro lado, nota-se que a Corte efetivamente tem aderido ao precedente do Ministro Barroso, sufragando a tese de que o STF fixou como limite para multas punitivas o patamar de 100% do tributo devido e, para multas moratórias, o de 20% do tributo devido (*e.g.* Primeira Turma, AgRg no RE com Ag 938.538/ES, Relator Ministro Roberto Barroso, DJe 20/10/2016).

Nesse ponto, remetemo-nos à acurada análise efetuada por Marciano Seabra de Godoi, o qual defende que em nenhum momento o STF efetivamente decidiu pelo limite de 100% do valor do tributo devido como patamar não confiscatório para as multas.[50] Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 551/RJ, o voto do Ministro Marco Aurélio, *que não era o relator*, registrou que "as multas são acessórias e não podem, como tal, ultrapassar o valor do principal";[51] tal argumento, porém, nunca foi, de fato, debatido pelos ministros do STF, que passaram a reproduzir reiteradamente nos acórdãos que a jurisprudência da Corte se consolidou em tal sentido. Assim ensina aquele autor:

> Ora, independentemente do acerto ou não da observação do Ministro Marco Aurélio [...], o fato é que essa observação não constitui o dispositivo ou *ratio decidendi* nem da ADI 551, nem da ADI 1.075. Aliás, na ADI 1.075 o Ministro Marco Aurélio sequer votou por escrito. A *ratio decidendi* da ADI 551, em linha com a tradicional jurisprudência da Corte no período anterior a 1988 e corretamente registrada na ementa do acórdão pelo Ministro Ilmar Galvão, é a seguinte: "A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta. Nada mais".[52]

Em relação ao patamar de 20% fixado pelo STF para a multa de mora, não se verifica a utilização de qualquer dado objetivo

50 GODOI, Marciano Seabra de. Decisões judiciais que limitam de forma genérica a multa de ofício a 100% do valor do tributo: desvio e deturpação da jurisprudência do STF. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2015, p. 300-304.

51 STF, Pleno, ADI 551/RJ, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 14/02/2003.

52 GODOI, Marciano Seabra de. Decisões judiciais que limitam de forma genérica a multa de ofício a 100% do valor do tributo: desvio e deturpação da jurisprudência do STF. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2015, p. 301.

para a aferição de tal parâmetro. O Ministro Barroso limitou-se a argumentar, no referido Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 727.872/RS, que "[...] após empreender estudo sobre precedentes mais recentes, observei que a duas Turmas e o Plenário já reconheceram que o patamar de 20% para a multa moratória não seria confiscatório. Este parece-me ser, portanto, o índice ideal".[53] Sucede que a premissa utilizada não decorre da conclusão firmada; o fato de chegarem para apreciação do STF recursos em que se argumentava que a multa de mora de 20% seria confiscatória, aos quais se negou provimento, não permite concluir que uma multa de mora acima desse patamar (25% por exemplo) seria desproporcional.

Concluímos, portanto, que a correspondência que deve existir no âmbito do direito sancionatório se dá entre o ilícito praticado e a pena; a multa, ao menos a dita punitiva, não é acessória ao tributo devido, podendo ser cobrada, inclusive, sem que haja tributo devido, pelo descumprimento de um dever instrumental.

A sanção impõe um *mal* àquele que pratica uma conduta contrária ao ordenamento jurídico, de forma a reprimir tal comportamento e a desestimular a sua prática pelos indivíduos; por conseguinte, somente a partir de minuciosa análise da conduta ilícita, em hipóteses absolutamente excepcionais, seria possível reconhecer a contrariedade de multa legalmente prevista, em razão de sua desproporcionalidade.

5. Considerações finais

A previsão expressa de norma constitucional vedando a tributação com efeito de confisco é uma inovação da Constituição de 1988 e reforça a impossibilidade de o legislador utilizar o tributo como meio indireto de apropriação da propriedade privada do contribuinte.

A conexão entre tributo e confisco se estabelece justamente em razão de suas finalidades distintas. A instituição do tributo se fundamenta na solidariedade entre os membros de uma comunidade para a consecução do bem comum, tendo como objeto atividades lícitas. O confisco, quando previsto na legislação, é sempre uma pena e costuma estar ligado à prática de crimes ou à introdução irregular de bens e mercadorias no país. Portanto, não pode o legislador apenar o contribuinte através da roupagem de tributo.

As sanções administrativas, gênero no qual se incluem as tributárias, são estabelecidas no consequente da norma primária sancionatória, a qual prevê, em seu antecedente, uma conduta ilícita, ou seja, contrária ao ordenamento jurídico.

Por essa razão, entendemos que o princípio do não confisco não se aplica às multas tributárias, uma vez que a finalidade punitiva destas não se confunde com o tributo em si, que não pode constituir sanção de ato ilícito.

O direito punitivo, na esfera administrativa, deve observar uma estrita proporcionalidade entre a conduta infracional e a pena a ser aplicada. Ao estudar as diferentes espécies de multas tributárias, percebe-se que o legislador levou em consideração a gravidade da violação ao ordenamento jurídico pelo sujeito passivo ao estabelecer diferentes patamares para sua aplicação.

A jurisprudência do STF, contudo, não tem levado em consideração as condutas que estão sendo apenadas ao apreciar a constitucionalidade de multas alegadamente excessivas, tampouco a espécie de multa em debate. Os precedentes mais recentes distinguem as multas moratórias das punitivas de modo genérico, sem se ater às diferentes multas punitivas existentes, que sancionam condutas com níveis de gravidade diversos.

53 STF, Primeira Turma, AgRg no RE 727.872/RS, Relator Ministro Roberto Barroso, DJe 15/05/2015.

Referências

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 8. ed. atual. por Mizabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BECHO, Renato Lopes. *Filosofia no direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.

BRASIL. Planalto. *Lei nº 4.502/1964*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L4502.htm>. Acesso em: 28 fev. 2018.

_____ . Planalto. *Lei nº 5.172/1966*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 28 fev. 2018.

_____ . Planalto. *Lei nº 9.430/1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm>. Acesso em: 28 fev. 2018.

_____ . STF. *Súmula nº 279*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>. Acesso em: 28 fev. 2018.

_____ . STF. *Súmula nº 565*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2033>. Acesso em: 28 fev. 2018.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito penal tributário* (uma análise lógica, semântica e jurisprudencial). São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____ . *Direito tributário, linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

FERREIRA, Jean Marcos. *Confisco e perda de bens no direito brasileiro*. Campo Grande: Gibim, 2000.

GODOI, Marciano Seabra de. Decisões judiciais que limitam de forma genérica a multa de ofício a 100% do valor do tributo: desvio e deturpação da jurisprudência do STF. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2015.

GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. O princípio do não-confisco como valor e como limite objetivo. *Revista de Direito Tributário*, n. 77, p. 170-187, 2002.

HORVATH, Estevão. *O princípio do não-confisco no direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.

PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. *As sanções no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2015.

SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Lançamento tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Confisco, mínimo existencial e isonomia. *In*: ARAÚJO E MENDONÇA, Maria Lirida Calou de. *Direito constitucional tributário contemporâneo*. Florianópolis: Conceito, 2013.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. *Direito tributário sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA
Revista do TRF3 - Ano XIX - n. 137 - Abr./Jun. 2018

Suspeição por motivo de foro íntimo à luz do novo Código de Processo Civil

Reis Friede

Desembargador Federal. Diretor do Centro Cultural da Justiça Federal (CCJF). Mestre e Doutor em Direito. Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM), no Rio de Janeiro. Site: https://reisfriede.wordpress.com/ E-mail: reisfriede@hotmail.com.

RESUMO: O presente artigo analisa a questão inerente à suspeição por motivo de foro íntimo, debruçando-se, inicialmente, sobre sua disciplina normativa, pretérita e atual, além de examinar as críticas alusivas ao instituto em questão. Posteriormente, enfoca a absoluta intangibilidade da declaração de suspeição por motivo de foro íntimo, bem como sua irretratabilidade, destacando a impossibilidade de arguição, pela parte, da mencionada suspeição.

PALAVRAS-CHAVE: Suspeição. Foro íntimo. Intangibilidade. Irretratabilidade.

ABSTRACT: This article analyzes the normative discipline, previous and current, of the judicial disqualification – also referred to as recusal – , examining the criticism regarding this institute. Subsequently, it focuses on the absolute inviolability of such recusal and its irreversibility, highlighting the impossibility of complaint, by the part, in what regards the disqualification.

KEYWORDS: Judicial disqualification. Recusal. Inviolability. Irreversibility.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Das tentativas do Conselho Nacional de Justiça de retornar à disciplina normativa do Código de Processo Civil de 1939. 3. Da absoluta intangibilidade da declaração de suspeição por motivo de foro íntimo. 4. Da irretratabilidade da declaração de suspeição por motivo de foro íntimo. 5. Da impossibilidade de arguição, pela parte, de suspeição do Juiz por motivo de foro íntimo. 6. Do novo texto legal introduzido com o Código de Processo Civil de 2015. 7. Conclusões. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O Código de Processo Civil de 1939, na disciplina normativa de seu artigo 119, parágrafos 1º e 2º, autorizava o julgador a considerar-se *suspeito*, por razões de *ordem íntima*, sem necessidade de justificar o respectivo despacho. Obrigava-se, todavia, a *comunicar os pertinentes motivos ao órgão disciplinar competente*, sujeitando o Magistrado à pena de advertência caso assim não procedesse, bem como se os motivos aventados (que eram apreciados pela Corregedoria em segredo de justiça) fossem entendidos como improcedentes.

Com efeito, preceituava o Código de Processo Civil de 1939:

> Art. 119. O juiz que se declarar suspeito motivará o despacho.
> *§ 1º. Si a suspeição fôr de natureza intima, comunicará os motivos ao orgão disciplinar competente.*
> § 2º. O não cumprimento desse dever, ou a improcedência dos motivos, que serão apreciados em segredo de justiça, sujeitará o juiz à pena de advertência.
> (Redação de acordo com a grafia original; destaque nosso)

A legislação processual civil que se seguiu em 1973 – apesar de manter os fundamentos básicos da hipótese de *suspeição por motivo de foro íntimo* elencados no Código de Processo Civil de 1939 –, acabou por aperfeiçoar o transcrito dispositivo. Assim, o artigo 135, parágrafo único, do CPC de 1973 deixou de prever a obrigatoriedade da comunicação ao órgão disciplinar competente, pelo Magistrado, dos seus *motivos de ordem íntima*:

> Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:
> [...].
> Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

Entretanto, o artigo 135, parágrafo único, do CPC de 1973 mereceu, por parte de alguns doutrinadores, críticas pouco lisonjeiras, como a realizada por Barbi:

> [...] O Código de 1939 previa esse motivo de *suspeição*, e, nos parágrafos do art. 119, determinava que o Juiz não justificaria o despacho, mas comunicaria os motivos ao órgão disciplinar competente. Este apreciaria o caso em segredo de justiça. A falta de comunicação, ou a improcedência dos motivos, sujeitava o Magistrado à pena de advertência.
> O Código de 1973 nada dispõe sobre esse procedimento, o que é inconveniente, porque a falta de controle dos motivos de abstenção, pelo órgão disciplinar, pode ensejar abuso por parte de Juízes menos amigos do trabalho. Terão eles um cômodo expediente para se afastarem dos volumosos e complexos casos de ação de divisão ou de prestação de contas.
> Há também o risco de Juízes de menor coragem se afastarem de causas em que receiem ter de decidir contra pessoas poderosas no meio.
> Sem texto legal expresso, não será fácil aos órgãos disciplinares da Magistratura exigir dos Juízes a comunicação do motivo íntimo para seu controle [...].[1]

Ressalte-se, contudo, que a redação dada ao artigo 135, parágrafo único, do CPC de 1973 era considerada, sob a ótica de parcela amplamente majoritária da doutrina, bem como da própria jurisprudência, representativa de grande avanço na disciplina processual, ponderando, sobretudo, que o julgador não deve, em nenhuma hipótese, julgar e nem realizar qualquer processamento para o qual não entenda estar na absoluta plenitude das condições objetivas (*impedimento*) e subjetivas (*suspeição*), na exata medida em que lhe cabe, em última análise, velar pela completa *imparcialidade* e *independência* em seus

1 BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. I, p. 567.



julgamentos, tudo como condição básica e fundamental para assegurar a inequívoca presença dos preceitos e garantias relativos ao processo – e à prestação jurisdicional de um modo geral –, consagrados na Constituição Federal.

> Dissemos já que, entre os elementos mínimos imprescindíveis à garantia do devido processo legal, se inclui a dada *imparcialidade* e *independência* do Julgador, sem o que a jurisdicionalidade do processo inexiste substancialmente, para se tornar algo só formal e nominalmente judicial.[2]

Ademais, cumpre registrar que uma das principais críticas dirigidas (à época) ao artigo 135, parágrafo único, do CPC de 1973 – relativa à possibilidade da regra em tela aparentemente permitir que o Juiz avesso ao trabalho se afastasse do julgamento da causa – não podia ser considerada verdadeira, visto que a cada processo em que o Magistrado declinasse sua condição de *suspeito* por qualquer motivo (incluindo o de *natureza íntima*), outro feito automaticamente lhe seria distribuído, tudo em face do *instituto da compensação*.[3]

Por outro lado, o fato de o Magistrado hesitante, fraco e pusilânime poder eventualmente utilizar (contra a própria *mens legis*) o expediente da declaração de *suspeição* por motivo de *foro íntimo*, de modo a não julgar causas nas quais tenha que decidir contra pessoas poderosas, não deve, igualmente, descaracterizar os méritos do instituto sob comento, uma vez que, embora tal demonstração de *covardia* deva ser, de todas as formas, motivo de veemente repulsa, e até mesmo de inequívoca condenação,[4] tal situação, em casos extremos, afigura-se preferível ante a inadmissível possibilidade de haver

2 PASSOS, José Joaquim Calmon de. O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 78, n. 277, jan./mar. 1982, p. 1-7.

3 *Compensação de distribuição*
Muito embora a previsão normativa da compensação de distribuição observe apenas o aspecto quantitativo, evitando que os diversos juízes de uma determinada Comarca (Justiça Estadual) ou Seção Judiciária (Justiça Federal) tenham para si um número diferente de processos distribuídos em determinado período, não é verdade que o julgador avesso ao trabalho pudesse – de forma segura – "*trocar*" o eventual processo complexo, originariamente distribuído ao seu juízo – através da prática distorcida de declaração leviana de suspeição por motivo de foro íntimo –, por outro processo de maior simplicidade, posto que o sorteio – implícito na distribuição – se não considera o aspecto *qualitativo* das demandas a serem distribuídas uniformemente para os diversos juízos, não deixa de permitir, por razões de ordem probabilística, que um outro processo – muito mais complexo que o primeiro – seja distribuído, por compensação, ao Juiz que se julgou suspeito para decidir a demanda originária.

4 *Processo de seleção da Magistratura*
Não é por outra razão que o processo de seleção do Magistrado deve ser constantemente aperfeiçoado e perseguido em sua própria plenitude. O julgador deve – além da efetiva comprovação de conhecimentos técnico-jurídicos – demonstrar durante o processo de recrutamento a necessária aptidão para o exercício da função, o que corresponde, em outras palavras, à presença de certas qualidades, tais como a *moralidade*, a *ética*, a *firmeza de caráter*, a *consciência reta* (não perplexa, a hesitar ante as dificuldades dos textos e a contradição entre as alegações e as provas), a *serenidade*, o *domínio absoluto sobre as paixões*, a *coragem moral* e a *permanente disposição de enfrentamento* diante das contínuas pressões políticas.
Não podemos nos esquecer de que, em grande medida, a observância de um rigoroso processo de seleção e recrutamento de juízes – quando efetivamente existente – tem se mostrado, ao longo do tempo, sinérgico mecanismo apto a coibir, de forma preventiva, a indesejável presença, no Poder Judiciário, de Magistrados com desvios de caráter suficientemente acentuado para o comprometimento, ainda que parcial, da prestação jurisdicional.

julgamento (pelo mesmo Juiz e por motivação semelhante) tendencioso, de alguma forma, em favor de uma das partes,[5] em particular daquela que se mostre com maior prestígio social ou poderio político-econômico.

> O interesse, direto ou indireto, do Juiz, no tocante ao caso que lhe é oferecido para julgamento, fá-lo Juiz ilegítimo e acarreta a invalidade de quanto decidir. Processo sem Juiz imparcial não é processo jurisdicional e, nesses termos, não é devido processo legal e sim processo no qual foi violada a garantia do *due process*.[6]

É importante consignar que, muitas vezes, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1939, o Magistrado despreparado para julgar determinada demanda – sob o prisma da ausência da necessária equidistância das paixões que naturalmente nutrem as causas judiciais ou mesmo em face da presença de determinadas circunstâncias que o Juiz não devesse ou mesmo não pudesse revelar – acabava temeroso ou mesmo simplesmente constrangido pela obrigatoriedade de ter de divulgar tais razões (ainda que de forma reservada ao órgão disciplinar), optando, por conseguinte, por prosseguir no julgamento da causa, de forma *parcial* e *comprometida*, em sinérgico e lamentável prejuízo aos jurisdicionados e à própria credibilidade do Poder Judiciário.

Com efeito, Costa, sobre os inconvenientes da obrigatoriedade da aludida comunicação, chegou mesmo a ser enfático no sentido de sua superação pelo ordenamento jurídico-processual civil inaugurado em 1973:

> [...] é possível que o legislador tenha agido bem no suprimir a exigência da lei anterior, em que podia haver quebra de sigilo da apreciação dos motivos, causando irreversível dano ao Magistrado.[7]

Da mesma forma, Barbi, refletindo melhor sobre a posição anteriormente registrada, acabou, mais tarde, por ceder à doutrina mais abalizada sobre a questão:

> Mas é de se esperar que os casos em que a escusa legal for indevidamente usada não serão numerosos. Por isto, é possível que o legislador tenha andado bem no suprimir a exigência da lei anterior, em que podia haver quebra do sigilo da apreciação dos motivos, causando dano ao Magistrado.
> O motivo íntimo pode ser algum dos casos expressos de escusa, em que o

5 *As eventuais leviandades do Magistrado na declaração do motivo de foro íntimo*
Apesar de ambas as situações – a do Magistrado que se acovarda diante das pressões que envolvem o julgamento de uma demanda determinada e que, por conta disso, utiliza-se (levianamente) do expediente da declaração de suspeição por motivo íntimo, e a do Juiz que simplesmente julga parcialmente (com ausência de isenção e independência) a demanda em favor daquela parte que se apresenta como "pessoa poderosa do meio", em face de seu incontestável prestígio e capacidade político-econômica – se constituírem em motivos igualmente ensejadores de veemente repulsa, sem a menor sombra de dúvida, numa situação de inexorável opção, deve ser preferível a primeira situação (caracterizadora do Juiz covarde) à segunda (evidenciadora da prestação jurisdicional completamente exposta à plena ausência de sua própria legitimidade), até porque, a absoluta *isenção*, *imparcialidade* e *independência* do Juiz (e do julgamento conduzido pelo mesmo) constituem-se em condição *sine qua non* para o efetivo exercício da função judicante.
Ademais, é importante ressaltar que o comportamento particular – fraco, covarde e pusilânime – do Magistrado (condenável em todas as circunstâncias) pode, no máximo, comprometer o julgamento quanto ao caráter de sua própria pessoa, por parte dos jurisdicionados, ao passo que, com toda a certeza, o julgamento tendencioso, conduzido ao sabor da parcialidade (sobretudo em favor da parte visivelmente mais forte) e da ausência de isenção e independência por parte do julgador pode comprometer seriamente toda a estrutura do Poder Judiciário, sua própria legitimação e, acima de tudo, sua indispensável credibilidade social.
Já prelecionava, a respeito, Mortara que "se os resultados da função jurisdicional não fossem assegurados pela absoluta honestidade, imparcialidade e diligência dos juízes, inútil seria pôr o mais profundo estudo e a mais meditada cautela a serviço de construir, com os mais sólidos materiais e segundo as melhores regras de arquitetura, o edifício da hierarquia judiciária".

6 PASSOS, José Joaquim Calmon de. O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 78, n. 277, jan./mar. 1982, p. 1-7.

7 COSTA, Lopes da. *Manual elementar de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 337.

> Juiz não considere conveniente expô-lo claramente, como, *v.g.*, a inimizade capital, ou um interesse na solução da causa, que lhe não convenha revelar; ou um parentesco ilegítimo, como o adulterino, o incestuoso, que não convém ser denunciado. Pode surgir também pelo reconhecimento de favores prestados pela parte anteriormente, mas em que houve pedido de sigilo e casos semelhantes.[8]

Por outro lado, resta afirmar que o projeto do CPC de 1973, na redação do parágrafo único do artigo 140 (texto que, na versão definitiva, ocupou o artigo 135), chegava mesmo a qualificar as razões de *ordem íntima*, caracterizadoras da *suspeição* sob esta rubrica, como sendo aquele motivo cuja revelação causasse ao Juiz um grave dano moral. Não obstante, durante o processo legislativo pertinente, tal trecho restou suprimido no Congresso Nacional, permitindo concluir que, já sob a égide do referido Diploma Legal (ora revogado), inexistia qualquer obrigatoriedade quanto à revelação do aludido motivo de foro íntimo, ou mesmo algum tipo de controle jurisdicional por parte de qualquer órgão da hierarquia do Poder Judiciário.

2. Das tentativas do Conselho Nacional de Justiça de retornar à disciplina normativa do Código de Processo Civil de 1939

Não obstante algumas tentativas isoladas (e igualmente frustradas) de se retornar à disciplina legal vigente por ocasião do CPC de 1939, o que se deu através da edição de atos administrativos normativos, como, por exemplo, o Provimento nº 26, de 25 de outubro de 1993, da Corregedoria do Tribunal Regional Federal (TRF) da 2ª Região,[9] o próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por intermédio da edição da Resolução CNJ nº 82, de 9 de junho de 2009, pretendeu, mais uma vez (e novamente ao arrepio da lei), mitigar o alcance da regra processual prevista no artigo 135, parágrafo único, do CPC de 1973, buscando, em certa medida, restabelecer a regência legal anteriormente consignada no CPC de 1939:

8 BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. I, p. 567.

9 *Da absoluta intangibilidade da declaração de suspeição por motivo de foro íntimo*
Não obstante a exegese interpretativa do artigo 135, parágrafo único, do CPC de 1973, bem como a conotação de absoluta *intangibilidade* da declaração de suspeição do Magistrado por motivo de foro íntimo, a Egrégia Corregedoria do TRF/2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo) entendeu por bem editar o Provimento nº 26/1993, aparentemente ressuscitador – através de ato administrativo normativo – do preceito legal registrado no artigo 119, parágrafos 1º e 2º, do CPC de 1939:
"Provimento nº 26, de 25 de outubro de 1993
O Vice-Presidente-Corregedor do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no uso de suas atribuições legais;
Considerando que é dever indeclinável do Juiz cumprir e fazer cumprir suas próprias decisões, bem como as do Tribunal a que estiver funcionalmente vinculado (art. 35, I, da Lei Complementar nº 35, de 1979);
Considerando a necessidade de preservar a competência e a autoridade de superior instância;
Considerando que o inconformismo do Magistrado com a reforma de suas sentenças ou decisões pelo Tribunal competente constitui ato de indisciplina;
Considerando que não é correta a conduta do Magistrado que, sob pretexto de suspeição por motivo íntimo, se recusa a cumprir as decisões superiores que contrariam suas convicções jurídicas ou filosóficas, determinando a redistribuição dos autos, imediatamente após seu retorno à primeira instância e antes de qualquer providência;
Resolve:
I – Será considerado como ato de indisciplina a omissão ou negativa do Juiz, que vinha funcionando no processo, em dar imediato cumprimento às decisões ou acórdãos do Tribunal Regional Federal da 2ª Região ou dos Tribunais Superiores, sob a alegação de *suspeição por motivo íntimo*.
II – Ocorrendo motivo superveniente à reforma de sua decisão, que o incapacite psicologicamente para o cumprimento do julgado da instância superior, deverá o Juiz, ao determinar a redistribuição do feito, *comunicar o fato, em caráter confidencial, ao Vice-Presidente-Corregedor*.
III – O Juiz que, mediante redistribuição, receber autos nas condições explicitadas no inciso I, deverá dar conhecimento do fato ao Vice-Presidente-Corregedor para providência correicional cabível." (destaque nosso)
Vale registrar que, em face de veementes críticas ao aludido provimento, a própria Corregedoria, à época, reconheceu o equívoco e a inadequação de sua iniciativa, revogando, prontamente, o mencionado Provimento.
Por fim, cumpre consignar que o atual Regimento Interno do TRF/2ª Região expressamente prevê, em seu artigo 226, parágrafo único, que "a suspeição por motivo de foro íntimo independe de qualquer justificação", pacificando de vez a questão no âmbito deste Tribunal.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições,
CONSIDERANDO que durante Inspeções realizadas pela Corregedoria Nacional de Justiça foi constatado um elevado número de declarações de suspeição por motivo de foro íntimo;
CONSIDERANDO que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário devem ser fundamentadas (art. 93, IX, da CF);
CONSIDERANDO que é dever do magistrado cumprir com exatidão as disposições legais (art. 35, I, da LC nº 35/1979), obrigação cuja observância somente pode ser aferida se conhecidas as razões da decisão;
CONSIDERANDO que no julgamento do relatório da Inspeção realizada no Poder Judiciário Estadual do Amazonas foi aprovada a proposta de edição de Resolução, pelo Conselho Nacional de Justiça, para que a as razões da suspeição por motivo íntimo, declarada pelo magistrado de primeiro e de segundo grau, e que não serão mencionadas nos autos, sejam imediatamente remetidas pelo magistrado, em caráter sigiloso, para conhecimento pelo Tribunal ao qual está vinculado;
CONSIDERANDO que a sistemática de controle é adotada, com êxito, há vários anos, por alguns Tribunais do País.
RESOLVE:
Art. 1º. No caso de *suspeição por motivo íntimo*, o magistrado de primeiro grau fará essa afirmação nos autos e, em ofício reservado, imediatamente exporá as razões desse ato à Corregedoria local ou a órgão diverso designado pelo seu Tribunal.
Art. 2º. No caso de suspeição por motivo íntimo, o magistrado de segundo grau fará essa afirmação nos autos e, em ofício reservado, imediatamente exporá as razões desse ato à Corregedoria Nacional de Justiça.
Art. 3º. O órgão destinatário das informações manterá as razões em pasta própria, de forma a que o sigilo seja preservado, sem prejuízo do acesso às afirmações para fins correcionais.
Art. 4º. Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

A mencionada empreitada, todavia, recebeu enérgica reprimenda por parte do Supremo Tribunal Federal (STF), que, em duas oportunidades, deferiu medidas liminares no bojo dos Mandados de Segurança nº 28.089/DF e nº 28.215/DF, afastando, assim, a necessidade de comunicação dos motivos da suspeição, conforme preconizado na citada Resolução. Pela importância, cabe transcrever parte do teor das decisões exaradas pelo STF:

> DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, [...] em face da *Resolução nº 82/2009 do Conselho Nacional de Justiça* (CNJ) que determina, aos magistrados de 1º e 2º grau, que comuniquem os motivos quando se declararem impedidos por *foro íntimo* para julgar determinado processo.
> Alega o Impetrante, resumidamente, que [...] (iii) tal Resolução constitui um excesso por parte do CNJ, além de fazer uma interpretação universal normativa inadequada do artigo 135, parágrafo único, do Código de Processo Civil; (iv) a independência dos magistrados implica em liberdade, o que inclui não revelar razões de impedimento por *foro íntimo*; [...].
> Entendo que são relevantes as considerações do Impetrante. Da análise do disposto no artigo 135, parágrafo único, do Código de Processo Civil, tem-se que a norma estabeleceu um *núcleo de intimidade que não pode ser atingido ou devassado sob pena, inclusive, de mitigar a independência do julgador.*
> Motivo íntimo, como bem destacado por Pontes de Miranda, "é qualquer motivo que o juiz não quer revelar, talvez mesmo não deva revelar. A lei abriu brecha ao dever de provar o alegado, porque se satisfez com a alegação e não exigiu a indicação do motivo. A intimidade criou a excepcionalidade da permissão: alega-se haver motivo de suspeição, sem

se precisar provar" ("Comentários ao Código de Processo Civil", tomo II/430, item nº 6, 3ª ed., 1997, Forense). [...].
Como bem destacado naquela oportunidade, tal posicionamento é uníssono por parte da doutrina: vide ARRUDA ALVIM, "Código de Processo Civil Comentado", vol. VI, p. 116, item nº 3.10, 1981, RT; NELSON NERY JUNIOR/ ROSA MARIA ANDRADE NERY, "Código de Processo Civil Comentado", p. 618, 4ª ed., 1999, RT; CELSO AGRÍCOLA BARBI, "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. I, tomo II, p. 425, item nº 744, 10ª ed., 1998, Forense; ANTONIO DALL'AGNOL, "Comentários ao Código de Processo Civil", p. 166, item nº 3, 2000, RT, *v.g.*
Do exposto, ressalvando-me o direito a uma apreciação mais detalhada do caso quando da análise de mérito, *defiro o pedido de medida liminar.* [...].
(STF, MS nº 28.089 MC, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJe 14/08/2009)

DECISÃO: Vistos, etc. A Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho e a Associação dos Juízes Federais ajuízam mandado de segurança coletivo, aparelhado com pedido de medida liminar, contra ato do Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 82, de 09 de junho de 2009). Resolução, essa, que introduziu a obrigação de os magistrados de 1º e 2º graus revelarem, em ofícios reservados remetidos às respectivas Corregedorias, as razões de foro íntimo de suas declarações de suspeição. Ato, esse, que, ao criar uma espécie de *"confessionário"*, acabou por violar o direito à privacidade deles, magistrados. Argumentam as impetrantes que [...] a Resolução do CNJ viola direito líquido e certo dos magistrados de manterem reserva sobre as razões que justificaram a suspeição por motivo de foro íntimo; [...].
Assim realizado este registro da causa, passo à decisão. Fazendo-o, pontuo, de saída, que o poder de cautela dos magistrados é exercido num juízo prefacial em que se mesclam num mesmo tom a urgência da decisão e a impossibilidade de aprofundamento analítico do caso. Se se prefere, impõe-se aos magistrados condicionar seus provimentos acautelatórios à presença, nos autos, dos requisitos da plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni juris*) e do perigo da demora na prestação jurisdicional (*periculum in mora*), perceptíveis de plano. Requisitos a serem aferidos *primo oculi*, portanto. Não sendo de se exigir, do julgador, uma aprofundada incursão no mérito do pedido ou na dissecação dos fatos que a este dão suporte, senão incorrendo em antecipação do próprio conteúdo da decisão definitiva.
Pois bem, transcrevo do Min. Joaquim Barbosa no citado MS 28.089: [...].
Passo a enfrentar a questão formal do cabimento do mandado de segurança. De fato, a Resolução nº 82 do Conselho Nacional de Justiça impõe uma obrigação direta aos magistrados. Obrigação essa de efeitos concretos, porquanto independe da intercalação de outros atos de menor hierarquia normativa. Logo, o dispositivo é de efeitos concretos e imediatos. Estabelece uma obrigação de fazer: os juízes devem informar, via ofício reservado, os motivos pelos quais se declararam suspeitos. Daí a presente ação mandamental enquadrar-se no que se denomina de mandado de segurança tão preventivo quanto coletivo. Ademais, plausível mostra-se a alegação de que a Resolução trata de matéria reservada à lei complementar (art. 93 da Constituição Federal), porquanto cria deveres funcionais primários. Deveres que não se acham enumerados no Capítulo II do Título III da Lei Complementar nº 35/79. Como plausível se me afigura, já no plano material, a consideração de que a escusa de julgamento por motivo de foro íntimo pode constituir a própria condição de um concreto ofício judicante imparcial. Imparcialidade, agora sim, de inescusável dever dos magistrados, a teor do próprio inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal.
É o quanto me basta para deferir o pedido de medida liminar para que os

> magistrados não sejam compelidos a externar as razões de foro íntimo quando, nos termos parágrafo único do art. 135 do CPC, se declararem suspeitos. O que faço sem prejuízo de uma mais detida análise quando do julgamento do mérito da impetração. [...].
> (STF, MS nº 28.215/DF, Relator Ministro Ayres Britto, DJe 01/03/2010)

Tais medidas, cumpre registrar, acabaram sendo posteriormente revogadas (em 02/10/2014 e 03/08/2015, respectivamente), fazendo com que a Resolução voltasse a ter plena eficácia, embora questionada sua constitucionalidade nas ADIs nºs 4.260 e 4.266. Posteriormente, tais ações tiveram seu julgamento prejudicado por perda superveniente de objeto, em razão da revogação da Resolução pelo próprio CNJ, em 30/08/2016, considerando a vigência do Novo CPC.

O próprio STF, em ocasião pretérita – é oportuno consignar – , já havia se pronunciado sobre o tema, no mesmo sentido:

> Impõe-se considerar, neste ponto, que a *declaração de suspeição*, pelo Juiz, desde que fundada em *razões de foro íntimo*, não comporta a possibilidade jurídica de qualquer medida processual destinada a compelir o magistrado a revelá-las, pois, nesse tema – e considerando-se o que dispõe o art. 135, parágrafo único, do CPC –, o legislador ordinário instituiu um espaço indevassável de reserva, que torna intransitivos os motivos subjacentes a esse ato judicial.
> (STF, MI nº 642/DF, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 14/08/2001)

3. Da absoluta intangibilidade da declaração de suspeição por motivo de foro íntimo

É importante frisar, em tom sublime e de modo a impedir qualquer dúvida a respeito do tema, que a *declaração de suspeição do Magistrado*, por razões de *ordem íntima*, caracteriza-se, à luz da doutrina tradicional e amplamente majoritária (se não unânime), bem como da jurisprudência pátria, em *efetivo direito subjetivo próprio* outorgado ao Juiz, para que este possa, em sua *completa inteireza*, velar pela absoluta imparcialidade e independência em seus julgamentos, tudo como condição básica e fundamental à garantia constitucional do *devido processo legal*.

> A regra inscrita no *caput* do art. 135 do Código de Processo Civil, em relação aos casos de *suspeição de parcialidade do juiz*, é exaustiva, porque atende a determinada casuística legal. Todavia, na hipótese do parágrafo único, em que a suspeição é jurada pelo próprio juiz, ela se torna exemplificativa e *inadmite impugnação pelas partes*.
> (Ac. unân. da 1ª Câm. do 1º TARJ de 04/05/1982, na exc. de susp. 106, Rel. Juiz Júlio da Rocha Almeida; RT, vol. 585, p. 211) (destaque nosso)

> Não cabe a juiz do mesmo grau, ou sequer ao órgão apto a conhecer de eventual conflito de competência, aquilatar da procedência ou não dos motivos pelos quais outro magistrado jurou *suspeição de natureza íntima*.
> (Ac. 2ª CCTA-RS, C.N. de C. 26/777/Santiago (U.), Rel. Juiz Adroaldo Furtado Fabrício, JB nº 119, Ed. Juruá, p. 79)

> A afirmativa de *suspeição por motivo íntimo* é de *exclusivo arbítrio do Juiz*, senhor único da sua conveniência, porque, assim não fosse, o motivo íntimo se enquadraria em uma das hipóteses dos incisos do art. 135 e dependeria de prova.
> (Ac. unân. da 8ª Câm. do 1º TARJ de 04/10/1983, na exc. de susp. 104, Rel. Juiz José Edvaldo Tavares)

> A suspeição por motivo íntimo, declarada pelo juiz, é sempre respeitada.
> (Ac. unân. da 2ª Câm. do TARS de 16/03/1982, no CC 26.777, Rel. Juiz Adroaldo Furtado Fabrício; JTARS 43/197)

Por outro lado, é importante lembrar que, em nenhuma hipótese, cabe à parte, ou a quem quer que seja, inclusive ao novo Juiz a quem for redistribuída a causa, discutir os motivos que levaram o Magistrado à declaração de *suspeição* por motivo de *foro íntimo*, consoante asseveram a doutrina e a jurisprudência clássicas e mais abalizadas sobre o assunto.



> Do ato do juiz, declarando-se *suspeito por motivo íntimo* e passando a causa ao seu substituto, não cabe qualquer recurso das partes, nem é lícito ao substituto discutir os motivos da suspeição, que o juiz não está obrigado a declarar, nem mesmo ao Tribunal.[10]

Resta também dizer que a faculdade de se declarar *suspeito*, por *motivo íntimo*, é um efetivo *direito*, embora também se constitua em inexorável *dever*[11] conferido ao Magistrado, pelo qual não é necessário produzir provas.

> Ao juiz confere o art. 135, parágrafo único, o *direito* (não só a faculdade) *de se declarar suspeito, "por motivo íntimo"*. Motivo íntimo é qualquer motivo que o juiz não quer revelar, talvez mesmo não deva revelar. A lei abriu brecha ao dever de provar o alegado, porque se satisfez com a alegação e não exigiu a indicação do motivo. A intimidade criou a excepcionalidade da permissão: alega-se o motivo de suspeição, sem se precisar provar.[12] (destaque nosso)

4. Da irretratabilidade da declaração de suspeição por motivo de foro íntimo

Muito embora a doutrina defenda o ponto de vista da ampla irretratabilidade da declaração de *suspeição*, independentemente do motivo elencado, a declaração por razão de *ordem íntima*, por se constituir, entre as hipóteses previstas na legislação processual civil em vigor, naquela de maior aspecto subjetivo, apresenta-se como a mais característica do fenômeno jurídico em questão.

A razão desta assertiva é relativamente simples: a subjetividade implícita na razão de *foro íntimo* e, acima de tudo, a intangibilidade desta declaração (que se manifesta, em última instância, de forma pouco concreta) não permitem uma criteriosa aferição, admitindo, ao contrário, uma razoável dose de arbítrio do Juiz que deve ser, de algum modo e em algum momento, restringida.

10 PAULA, Alexandre de. *Código de processo civil anotado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, v. I, p. 606.

11 *Do dever do Magistrado de se declarar suspeito*
É importante esclarecer que, para parcela significativa da doutrina, não é correto afirmar que o Magistrado possui simplesmente o *direito* derradeiro de se afastar do processo por motivo de foro íntimo (ou por qualquer outro que lhe deixe em posição de suspeição). Em essência, o Juiz possui, na verdade, o *dever*, a *obrigatoriedade* de assim proceder, especialmente quando não se sinta plenamente livre para atender às condicionantes constitucionais de um julgamento absolutamente *isento*, *impessoal* e *independente*, como exige a nossa Lei Maior.

12 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. III, p. 408.

> A imparcialidade do juiz é princípio básico do processo, pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. O juiz que se declara suspeito por motivos de natureza íntima, *fica afastado definitivamente* do processo e não mais pode retornar ao mesmo.
> (Ac. da 1ª Câm. do TARS de 06/09/1983, Ap. 183.023.969, Rel. Juiz Lio Cézar Schmitt, JTARS, vol. 48, p. 443)

> O juiz, uma vez que se declara suspeito, fica *impedido definitivamente* de prosseguir no processo, ainda quando ao seu substituto pareça infundado o motivo da suspeição jurada. Não importa que, ao declarar-se suspeito, o magistrado tenha agido certa ou erradamente.
> (Ac. 1ª T./TRF – 3ª R., Ap. 91.03.04179/SP (U.), Rel. Juiz Jorge Scartezzini, Rev. Adcoas, BJA 25 (10/09/1991), 133.337, p. 384)

Todavia, não podemos deixar de registrar, por dever de ofício, algumas vozes discordantes, particularmente na jurisprudência processual penal.[13]

> As causas ensejadoras da declaração *de suspeição por motivo de foro íntimo* podem ser reavaliadas pelo magistrado, a quem compete averiguar se elas persistem ou não.
> (STJ, REsp nº 1.109.148/RJ, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJe 03/09/2010)

> As razões da *declaração de suspeição por motivo de foro íntimo* não podem ser aferidas objetivamente. Apenas o magistrado que a declarou pode reconhecer que ainda persiste, ou o que não mais subsiste. [...].
> (STJ, REsp nº 785939/ES, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 28/09/2009)

5. Da impossibilidade de arguição, pela parte, de suspeição do Juiz por motivo de foro íntimo

Consoante entendimento praticamente unânime da doutrina, inexiste a possibilidade de haver arguição, pela parte, da *suspeição* fundada em razão de *foro íntimo*, isto porque, como a própria expressão sugere, *foro íntimo* possui natureza de cunho estritamente pessoal. Ademais, a declaração, pelo Magistrado, de *suspeição* por *razão íntima,* configura *facultas* de seu exclusivo arbítrio (e, em grande medida, dever indeclinável de sua consciência zeladora da imperatividade da absoluta isenção de seus julgamentos), condicionado apenas e tão somente à irrestrita defesa pela permanente presença, na sua atividade jurisdicional, dos elementos mínimos imprescindíveis à garantia do devido processo legal.

> [...] É obvio que a parte não pode argüir *suspeição do juiz por foro íntimo*, pois isto só o magistrado pode fazer. [...].
> (TRF/2ª Região, REO 200202010349629, 2ª T., Relator Desembargador Federal Antonio Cruz Netto, DJU 14/10/2003)

Sob o mesmo diapasão, a jurisprudência também aparenta ser unânime em afirmar

13 *Da possibilidade de juramento de suspeição por motivo íntimo*
É importante registrar que, diferentemente da disciplina processual civil – onde a possibilidade de o Magistrado declarar-se suspeito, por razões íntimas, é previsão expressa do Código em questão e resultado de uma incontestável evolução do instituto em relação, sobretudo, à anterior previsão do vício no Código de Processo Civil de 1939 –, a matéria normativa da espécie, no processo penal, se encontra consignada, acima de tudo, em algumas *leis de organização judiciária*, não obstante a maior parte dos doutrinadores defender o ponto de vista segundo o qual é possível, *in casu*, a utilização da *analogia* – como fator de *integração* (e não simples *interpretação*) da norma –, para permitir a aplicação do dispositivo legal expresso no artigo 135, parágrafo único, do CPC de 1973 e, agora, a nova previsão legal ínsita no artigo 145, § 1º, do CPC de 2015, ao Direito Processual Penal.
"Muito embora a *suspeição por motivo íntimo* não esteja prevista no Código de Processo Penal, se o Juiz criminal se sentir, em consciência, impedido de presidir determinado feito, poderá jurar suspeição por motivo íntimo." (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 643.)

quanto à efetiva impossibilidade de arguição de exceção de *suspeição* do Juiz, fundada em motivação de *foro íntimo*, concluindo pela possibilidade apenas nas demais hipóteses expressamente contempladas na lei processual.

> As hipóteses em que a parte pode arguir a suspeição do juiz são as taxativamente enumeradas no CPC.
> (Ac. unân. da Câm. Esp. do TJSP, de 15/10/1981, na exc. de susp. 1.000-0, Rel. Des. Dalmo do Valle Nogueira; RT, vol. 565, p. 95)

> Os dispositivos referentes à suspeição, por constituírem normas de exceção, não admitem interpretação extensiva e as causas que a justificam são exclusivamente as enumeradas em lei.
> (Ac. unân. da 1ª Câm. do TJMT, de 22/08/1983, na exc. de susp. 87, Rel. Des. Carlos Avalone, RT, vol. 590, p. 232)

> A exceção de suspeição é matéria de direito estrito. Assim, só podem ser invocadas, para a recusa do julgador, as hipóteses previstas em lei.
> (Ac. unân. da 2ª Câm. Crim. do TJGO, de 27/05/1980, na exc. de susp. 128, Rel. Des. Arinan de Loyola Fleury; Rev. Goiana de Jurisp., vol. 16, p. 9)

6. Do novo texto legal introduzido com o Código de Processo Civil de 2015

De certa forma – após toda a sorte de considerações expostas – , o Novo CPC (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) consignou (expressamente) a desnecessidade de o Juiz declinar as respectivas razões de sua suspeição por motivo de foro íntimo, conforme previsão contida no artigo 145, parágrafo 1º:

> Art. 145. Há suspeição do juiz:
> [...].
> § 1º. Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, *sem necessidade de declarar suas razões*. (destaque nosso)

Tal dispositivo legal, como se vê, reflete a jurisprudência mansa, pacífica e tranquila a respeito do tema, corroborando o lamentável fato de que a *jurisprudência*, mesmo quando oriunda de tribunais superiores e da própria Suprema Corte, revela-se como uma fonte do Direito brasileiro constantemente negligenciada, quando não simplesmente desprezada, quer pelo fato de seu simples desconhecimento, quer pelo fato de uma persistente desobediência judiciária.

Também não se pode olvidar que uma das razões decisivas que ensejaram a (redundante) inserção da expressão "sem necessidade de declarar suas razões"[14] no novo texto legal repousa justamente na reconhecida carência de conhecimentos técnico-processuais por parte dos atuais e mais jovens operadores do Direito (juízes, membros do Ministério Público e advogados), problemática que é fruto de um ensino jurídico de péssima qualidade e que negligencia a importância da disciplina *hermenêutica*, reduzindo-a a condenáveis debates político-ideológicos.[15]

---

14 *Motivação (fundamentação) das razões de foro íntimo*
Em essência, as *razões* – e a consequente *motivação* (fundamentação) – da decisão em que o Juiz declara-se *suspeito por motivo de foro íntimo* encontram-se exatamente na própria natureza do "foro íntimo" consignado expressa e obrigatoriamente pelo Julgador, revelando-se, desta feita, uma verdadeira *impropriedade técnica* a expressão registrada no novo texto legal, "sem necessidade de declarar suas razões", posto que as mesmas estão implicitamente declaradas na própria expressão legal "por razões de foro íntimo". Tanto é assim que, acaso o Julgador venha a, voluntariamente, declinar o conteúdo do "foro íntimo" alegado, o *poder discricionário* que lhe permite, em última análise, a autêntica *facultas* de se declarar suspeito por motivo de foro íntimo, sem ter de justificar sua conduta, se descaracteriza, transmutando em autêntico poder vinculado, passível, por efeito, de julgamento pelo grau jurisdicional superior.
"[...] O Magistrado não precisa dizer porque se declara suspeito por motivo íntimo. Entretanto, desde que declarou o fato causador da suspeição, no meu entendimento, tenho que a Câmara pode apreciar este fato." (Des. Túlio Medina Martins, *RJTJ-RS*, vol. 122, p. 207).

15 *Da importância da disciplina "hermenêutica-jurídica"*
É importante frisar que muitas Faculdades de Direito do Brasil sequer possuem, em seus respectivos currículos escolares, a disciplina *hermenêutica jurídica*, relegando esta importantíssima matéria de *formação interpretativa* a simples conteúdos de *Introdução ao Estudo do Direito*. Neste sentido, tivemos a grata satisfação de, na

Nada obstante a clareza da regra consubstanciada no novo CPC, o CNJ, por meio do Ofício Circular nº 22, de 3 de junho de 2016, determinou a observância da Resolução nº 82/2009, o que ensejou o ajuizamento de Mandado de Segurança Coletivo nº 34.316 junto à Corte Suprema, tendo o Ministro Teori Zavascki, em sede de pedido de liminar, decidido da seguinte forma:

> DECISÃO: 1. Trata-se de mandado de segurança coletivo, com pedido de liminar, impetrado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) contra ato da Corregedora Nacional de Justiça *"consubstanciado no Ofício Circular n. 22, de 3 de junho de 2016, que determinou a observância da Resolução nº 82 do CNJ"* (fl. 1). Inicialmente, as impetrantes apresentam os seguintes fatos: (a) por meio da Resolução 82, havia o Conselho Nacional de Justiça criado norma exigindo dos magistrados que informassem às corregedorias a que estivessem vinculados as razões do *"foro íntimo"* invocado nos processos em que afirmassem suspeição; (b) essa resolução foi atacada por meio de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 4.260), tendo, a Relatora, Min. Rosa Weber, determinado a observância do rito do art. 12 da Lei 9.868/1999, o que inviabilizou a apreciação do pedido de medida cautelar; (c) assim, apresentaram Pedido de Providências perante o CNJ para suspender a eficácia dessa resolução, o qual não foi apreciado; (d) em seguida, impetraram mandado de segurança nesta Corte (MS 28.215), tendo o então Relator, Min. Ayres Britto, deferido o pedido de liminar; (e) em 2015, o mandado de segurança teve seu pedido negado com base na Súmula 266/STF, o que resultou na revogação da liminar; (f) intimados pela autoridade impetrada para que se manifestassem nos autos do referido Pedido de Providências, postularam a suspensão da eficácia da resolução ante a superveniência do novo código de processo civil (CPC/2015), o qual dispensa o magistrado de declarar as razões da declaração de suspeição por motivo de foro íntimo; (g) distribuídos os autos ao Conselheiro Arnaldo Hossepian Júnior, o pedido foi indeferido pelo fundamento de que a matéria fora judicializada na ADI 4.260; (h) em 3/6/2016, a autoridade impetrada expediu o Ofício Circular 22 determinando a observação da Resolução 82, sendo esse o ato atacado no presente mandado de segurança. Quanto ao mérito, sustentam as impetrantes que: (I) o CPC/15 (Lei n. 13.105/2015), indo além do CPC/73, deixa claro que, ao declarar a suspeição por motivo íntimo, o magistrado assim o fará sem necessidade de declarar suas razões; (II) nos termos do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *"a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior"*; (III) *"o § 1º do art. 145 não apenas regulou inteiramente a matéria de que trata a Resolução nº 82, como também a nova redação da lei se mostra incompatível com o da Resolução n. 82"*; (IV) também nos processos de natureza penal a norma aplicável sobre a suspeição por motivo íntimo era e continua sendo a do CPC (fl. 9). No mais, informam que (i) *"há procedimento em curso perante o CNJ visando a obter o pronunciamento do seu Plenário sobre a ocorrência ou não da revogação da Resolução n. 82"*; e (ii) o Grupo de Trabalho formado no CNJ para discutir o novo CPC sugere a revogação dessa resolução (fl. 7). Requerem a concessão de liminar para a suspensão dos efeitos do Ofício Circular 22/2016 até o final julgamento do mandado de segurança, invocando, a título de *periculum in mora*, o conteúdo do ato impetrado, que reitera a exigência dos termos da

qualidade de Professor Titular da Universidade Veiga de Almeida (UVA), no Rio de Janeiro, ter introduzido a mencionada disciplina na grade obrigatória do curso de Direito daquela instituição de ensino.

> Resolução 82 do CNJ. Pedem, ao final, seja concedida a ordem para *"declarar inexigível aos magistrados as normas contidas na Resolução n. 82 do CNJ, uma vez que foi revogada pelo § 1º do art. 145 do Código de Processo Civil de 2015"* (fl. 12).
> Atendendo a despacho da Presidência proferido em 25/7/2016, a autoridade impetrada prestou informações (doc. 31).
> 2. O deferimento de medidas liminares pressupõe presentes a relevância jurídica da pretensão, bem como a indispensabilidade da providência antecipada, como forma de garantir a efetividade de futuro e provável juízo de procedência. No caso, está configurada a relevância do direito afirmado pelas impetrantes, tendo em vista que o ato normativo que a autoridade coatora exige seja cumprido tornou-se, à primeira vista, incompatível com a superveniência do novo código de processo civil (CPC/2015), segundo o qual *"Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões"* (art. 145, § 1º). Nessas circunstâncias, deve ser suspensa a eficácia do ato impetrado (Ofício Circular 22/2016, da Corregedora Nacional de Justiça), ressaltando-se, ademais, que não está o CNJ impedido de examinar, em procedimento próprio, o tema da revogação da Resolução 82 pelo CPC/2015.
> 3. Ante o exposto, defiro a liminar para suspender os efeitos do Ofício Circular 22/2016 da Corregedora Nacional de Justiça. Solicitem-se informações, procedendo-se aos demais atos previstos no art. 7º, I e II da Lei 12.016/09. Dê-se vista, oportunamente, ao Procurador-Geral da República.
> Publique-se. Intime-se.
> Brasília, 22 de agosto de 2016.
> (STF, MS nº 34.316, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 24/08/2016)

Cumpre registrar, por derradeiro, que o CNJ, na 18ª Sessão do Plenário Virtual (25/08/2016 à 30/08/2016), finalmente revogou a malsinada Resolução, tendo o Relator, o Conselheiro Gustavo Alkmim, expressamente reconhecido que "o legislador, quando modificou o normativo processual sobre o tema, buscou preservar a intimidade do Magistrado, garantindo a sua independência e imparcialidade, sem presumir, de plano, o uso abusivo do seu direito de se afastar do processo por motivo de foro íntimo."

7. Conclusões

Conforme afirmado, o Magistrado não deve, em nenhuma hipótese, julgar e nem realizar qualquer processamento para o qual não entenda estar na absoluta plenitude das condições objetivas (*impedimento*) e subjetivas (*suspeição*), na exata medida em que cabe ao próprio Juiz velar pela completa *imparcialidade* e *independência* em seus julgamentos, como condição básica e fundamental para assegurar a inequívoca presença dos preceitos e garantias, relativos ao processo, consagrados na Constituição Federal.

Neste diapasão, resta importante registrar – de forma definitiva e derradeira – que a *declaração de suspeição do Magistrado*, por razões de *ordem íntima*, se caracteriza, à luz da doutrina amplamente majoritária (se não unânime) e da jurisprudência pátria, em *efetivo direito subjetivo próprio*, outorgado ao Juiz, para que este possa, em sua *completa inteireza*, velar pela absoluta imparcialidade e independência em seus julgamentos, como condição básica e fundamental à garantia constitucional do *devido processo legal*.

O Novo Código de Processo Civil, ao consolidar no seu texto a desnecessidade de o Magistrado justificar ou explicitar as *razões íntimas* que o levaram a se declarar por suspeito, bastando apenas a afirmativa de *suspeição*, demonstrou, de forma inequívoca, tratar-se de uma faculdade sujeita a seu exclusivo arbítrio, condicionada apenas e tão somente à irrestrita defesa pela permanente presença, na sua atividade jurisdicional, dos elementos mínimos imprescindíveis à garantia do devido processo legal.

Referências bibliográficas

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. I.

COSTA, Lopes da. *Manual elementar de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. III.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição. *Revista Forense,* Rio de Janeiro, v. 78, n. 277, jan./mar. 1982.

PAULA, Alexandre de. *Código de processo civil anotado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. v. I.

Um rápido curso na História da Humanidade e na História do Direito



Murilo Alves de Carvalho
Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho. Especialista em Direito Público, Penal, Processual Penal e Direito Penal Econômico, Civil e Processo Civil, Ambiental e Internacional pela Universidade Leonardo da Vinci. Técnico Judiciário da Justiça Federal de Primeiro Grau em São Paulo.

RESUMO: O presente trabalho buscará apresentar a evolução do Direito ao lado da evolução do homem e das sociedades mais proeminentes em que viveu, desde a Pré-história até os acontecimentos mais recentes da Era Contemporânea. Muitos dos equipamentos jurídicos que hoje parecem usuais no manejo forense e acadêmico têm suas origens desconhecidas pela grande maioria dos profissionais do Direito. A aplicação de um instituto jurídico em uma petição, um recurso, uma oratória, uma sentença, sabendo da sua origem e finalidade, torna muito mais efetiva a ação do profissional, do acadêmico ou do simples cidadão, na hora de clamar por seus direitos.

PALAVRAS-CHAVE: História do Direito. Evolução do Direito. Princípios do Direito. Direito Romano. Direito Canônico. *Common Law*. *Civil Law*.

SUMÁRIO: Introdução. Os primórdios do homem. Os primeiros grupos sociais na Idade Antiga. A evolução do pensamento na Grécia Antiga. O Direito e a Civilização Romana. O surgimento do Cristianismo e a Idade Média. O fim da Idade Média e a Idade Moderna. A Idade Contemporânea. Do niilismo jurídico ao pós-positivismo. A Era dos Direitos e a (re)valorização dos princípios jurídicos. Conclusão. Referências.

Introdução

Hodiernamente, observamos a atuação e o manejo do Direito como se fosse umbilicalmente ligado a toda e qualquer relação moderna, jurídica ou humana, política ou social. Basta ligarmos a televisão, e nos deparamos com notícias de pedidos de *habeas corpus* preventivo, de pedidos de manutenção (ou subtração) do silêncio de acusados em homenagem à vedação à autoincriminação, de pedidos de tributação de igrejas e cultos diversos.

Tal ferramental jurídico, obviamente, não nasceu pronto. Em verdade, é uma construção que se iniciou a partir de uma necessidade, depois evoluiu para ideias e debates. Passou por diversas lapidações históricas, injustiças e revoluções, e hoje se consubstancia no que entendemos por Direito. E, ainda que experimentemos ao menos duas correntes jurídicas relevantes – conhecidas como *Common Law* e *Civil Law* – e, com efeito, cada uma com suas peculiaridades, não raras vezes, a origem dos institutos jurídicos é comum, embora resolvidos de maneiras diferentes.

A apreciação do confronto da História com o Direito não é tema novo e suscita diversas questões. Se a vida é finalidade ou fim, se as religiões explicam os institutos ou apenas os justificam, se o processo evolutivo não pode vir a ser, de fato, a repetição e outros processos anteriores, exitosos, mas em épocas diferentes da humanidade. Já indagava Fábio Konder Comparato:

> Mas se assim é, não se pode deixar de indagar: qual o rumo do processo evolutivo? A História nos mostra um aperfeiçoamento, ou uma degradação da humanidade no tempo? Dada a ambiguidade ética do ser humano, haveria no correr dos séculos uma intensificação da vida, ou, em sentido oposto, uma decadência fatal em direção da morte?[1]

Com efeito, o estudo da evolução da História ao lado da evolução do Direito é possível? É conveniente? É útil? Repetir os preceitos jurídicos do passado conduz a um retrocesso ou uma evolução? Se por um lado cogitar trazer a lume preceitos do Direito Canônico pode soar totalmente fora de propósito para os dias atuais, não devemos nos esquecer de que o Renascimento foi à revisitação de ideias do passado para justificar os interesses burgueses do fim da Idade Média que, indiscutivelmente, foram de importância crucial para o abandono de uma sociedade rural, o crescimento das cidades e o avanço rumo à Era Contemporânea. Noutro giro, a título ilustrativo, todas as sociedades antigas relegavam às mulheres um papel secundário na sociedade. Algo que hodiernamente consideramos de forma uníssona como um absurdo, mas que estava em nosso Código Civil há apenas 15 anos atrás.

Para bem entendermos e plasmarmos os vetores que nortearam as ideias que hoje balizam o Direito e a justiça, imperativo se faz um mergulho fundo no passado, bem distante, para se ver dentro dos mais simplórios problemas, nas relações mais primitivas, como o homem os resolveu. E, a partir da solução aplicada, num crescente de ideias, como elas viajaram no tempo e hoje se instalaram no nosso ordenamento jurídico contemporâneo, permitindo o manejo da lei e do poder e, ao mesmo tempo, protegendo indivíduos. Não há como entender a justiça e o Direito, sem entender a História do Direito. Consoante o clichê que se tornou a frase dita por George Agustín Nicolás Ruiz de Santayana y Borras, "Aqueles que não podem se lembrar do passado estão condenados a repeti-lo."[2] Se é que, aqui ressaltamos, repetir o passado pode se constituir numa condenação.

1 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 695.

2 BORRAS, George Agustín Nicolás Ruiz de Santayana y. *A vida da razão,* 1905, v. I, p. 93.



Os primórdios do homem

Para aquele que tem uma curiosidade de saber como se iniciou a jornada do homem na terra – e também o primórdio das relações humanas –, existe uma passagem no cinema – considerado nossa "sétima arte" –, extremamente ilustrativa. Na introdução do filme "*2001 – uma odisséia no espaço*" (Stanley Kubrick/ Arthur C. Clark, 1968), são apresentadas cenas do homem, ainda um símio primitivo, defendendo-se, de forma selvagem e com pouco sucesso, do ataque de animais e de outros grupos de símios, mais similares ao que hoje denominaríamos cientificamente de *Australopitecus*. Até o momento em que, manejando ossos velhos, descobre que pode usá-los para a caça, como ferramenta, e para a defesa dos ataques de outros grupos sociais rivais.

Assim, é na Pré-história que o homem constatou que o pedaço de osso ou de madeira reta era mais eficiente do que o curvo, para se defender, para executar suas obras, etc. Surge a ideia de que o "direito" é melhor do que o "torto". O pedaço, a liga reta e rígida, era mais eficiente, mais resistente, mais fácil de manejar e até mais intimidador e eficaz contra os animais selvagens e os rivais do que o pedaço curvo e mole.

Pode-se dizer que daí deriva a própria expressão "direito". Pesquisando etimologicamente a palavra, verifica-se que, embora o nome, som e grafia variem, seu significado, ontológico e axiológico, é basicamente o mesmo: o direito é o correto, é o que funciona, é o contrário do errado. Podemos extrair esta conclusão da simples observância da palavra e seu significado nos mais variados idiomas: no significado da palavra *destra*, no italiano, contrário ao sentido errado, *sinistra; right*, no idioma inglês, que da mesma forma se espraia para o sentido de direitos quando se tratando de bens intangíveis, com a palavra *rights*; e na palavra *pravda*; que em russo/ eslavo tanto significa "a direita", assim como significa "verdade".

Dessa maneira, por instinto, o homem age tendo por fim, precipuamente, sua própria sobrevivência. E, por isto ocorrer em seu meio, o homem passou a observar também os outros grupos sociais e até mesmo o comportamento de grupos de animais, desde a forma de caça dos predadores, até o esforço das vítimas para sobreviver, fugindo de seus algozes. Esta observação é uma informação trabalhada pela inteligência do homem, que norteou o seu comportamento e o comportamento do grupo. Aloysio Ferraz Pereira, aponta com pertinência:

> Ora, na consideração da natureza, assumem ao mesmo tempo atitude contemplativa e prática, científica e moral que, inseparáveis, concorrem de modo vital a situá-los no mundo, possibilitando, portanto, o que se poderia chamar a sua atitude filosófica.[3]

3 PEREIRA, Aloysio Ferraz. *História da filosofia do direito*: das origens a Aristóteles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 12.

De forma congruente e complementar a este pensamento, sustenta Miguel Reale, em sua obra "*Filosofia do direito*":

> O homem passou a filosofar no momento em que se viu cercado pelo problema e pelo mistério, adquirindo consciência de sua dignidade pensante. Não é preciso, pois, sentir-se tranquilamente ancorado em algum sistema de Filosofia, nem ser capaz de dizer em que ano escreveu Kant cada um de seus estudos, para se possuir atitude filosófica: esta é própria de quem saiba captar e renovar os problemas universais sobre o cosmos e sobre a vida, procurando satisfazer as exigências atuais, significantes por novos e por velhos problemas situados em diversos ciclos históricos-culturais.[4]

Com efeito, tem-se, neste embrião da civilização humana, o âmago do *Direito Natural*. Extraído da observação contemplativa da natureza, do manejo dos elementos ao alcance do homem e da necessidade de sobrevivência do homem. Dessa necessidade de sobrevivência, o homem repetiu rotinas, repetiu rituais, imitou seus líderes e fez surgir o que hoje denominamos como *costume*. Conforme salienta Mario Losano:

> As necessidades e os medos modelam as ações do homem primitivo ou arcaico. Movendo-se num mundo para ele imprevisível, o homem tende a repetir constantemente os comportamentos que conseguem satisfazer suas exigências sem provocar-lhes danos, por ele interpretados frequentemente como reações de espíritos que animam a natureza. Tomam forma, assim, os costumes. Estes apresentam um elemento objetivo, que consiste na repetição de um certo comportamento, e um elemento subjetivo, que consiste em acreditar que seja bom adotar aquele comportamento.[5]

A partir da observação do reino animal, o homem concluiu que igualdade significa segurança; e desigualdade, a insegurança, de consequências desconhecidas. Constatou também que daquele conjunto de costumes praticados num grupo limitado de indivíduos, originaram-se os rituais. Daqueles sons guturais proferidos pelos indivíduos mais proeminentes naquelas relações sociais primitivas, foram se formando idiomas. A igualdade é relevante quando os grupos começaram a se comunicar, sempre em vista de um bem comum, ocasião em que, paulatinamente, estabeleceram-se relações de poder e de comando, de uns indivíduos sobre outros. Nas palavras de Fábio Konder Comparato:

> Nas sociedades primitivas, a finalidade global era imposta a todos pelas exigências próprias da evolução biológica: a preservação e o crescimento reprodutivo do grupo social. Mas, à medida que as sociedades evoluíram, a essa finalidade primária, ditada pela natureza, acrescentam-se outras, sempre dependentes da vontade humana: são escolhas ou decisões de poder, tomadas em função de valores vigentes no meio social, e também de determinados interesses, que podem ser próprios dos detentores do poder político, ou comuns a todos os membros do grupo social.[6]

E complementa Norberto Bobbio:

> Encontrando-se num mundo hostil, tanto em face da natureza quanto em relação aos seus semelhantes, segundo a hipótese hobbesiana do *homo homini lúpus*, o homem buscou reagir a essa dupla hostilidade inventando técnicas de sobrevivência com relação à primeira, e de defesa com relação à segunda. Estas últimas são representadas pelos sistemas de regras que reduzem os impulsos agressivos mediante penas, ou

4 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 2, p. 6.

5 LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 319.

6 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 23.

> estimulam os impulsos de colaboração e de solidariedade através de prêmios.[7]

Do simples mimetismo – quando um líder age e é imitado, inclusive em seus gestos –, foram se estabelecendo regras sociais, a partir das quais os indivíduos mais proeminentes passaram a exercer o domínio sobre aqueles menos destacados, numa relação de comando e comandado. E em relação os fenômenos naturais, que aconteciam ao arrepio de uma lógica compreensível para aqueles indivíduos naquele momento da História, atribuíam-se suas ocorrências a uma vontade divina, divindade a qual apenas aquele líder, teria acesso, e cuja mensagem era: "obedeça ao comando". Surgiram, assim, as primeiras sociedades organizadas da História.

Os primeiros grupos sociais na Idade Antiga

Com a evolução da sociedade – em virtude do bom manejo dos instrumentos de trabalho e de defesa pelo homem (estamos falando de um hiato de tempo não inferior a *13 mil anos*) –, formaram-se as primeiras sociedades organizadas: as Mesopotâmicas – neste conceito, englobadas a civilização Suméria, Babilônica, Acadiana e Assíria –, todas na região hoje compreendida pela Turquia e pelo Iraque e, num período mais recente, a Persa. Ao lado de invenções relevantes como a roda e a escrita, deu-se a evolução do pensamento e da sociedade. Acerca deste período da História, menciona com pertinência Fábio Konder Comparato:

> Assim é que, graças à grande extensão longitudinal do continente euroasiático, em contraste com a maior extensão latitudinal do continente africano e americano, as primeiras grandes invenções, originadas a partir do séc. VII a.C. na região do chamado Crescente Fértil (o vale formado entre os rios Tigre e Eufrates de onde surgiu a sua denominação de Mesopotâmia) – a saber, a roda, a escrita silábica, a metalurgia, a ordenha do gado, o cultivo das árvores frutíferas, a cerveja e o vinho, espraiaram-se em um tempo relativamente rápido a todo o continente, da Irlanda ao Japão, numa extensão de quase 13 mil quilômetros.[8]

Naquelas sociedades inaugurais, as características físicas semelhantes, aliadas à procriação entre os próximos, originaram as várias etnias sociais. O próprio meio ambiente – em especial o clima – contribuiu para esta igualdade física. No estudo daquelas sociedades, a palavra "igual" deve ser vista em todos os seus aspectos: igualdade existia dentro e fora do grupo, mas era maior dentro, e menor fora do grupo. Dentro, porque eram todos semelhantes etnologicamente, e a igualdade colocava-se em função do papel que cada indivíduo desempenhava na comunidade. Pois, à medida que o grupo crescia, se dividia em camadas sociais. Que, por sua vez e por conta da divisão de tarefas, geravam direitos e obrigações distintas, mesmo entre os iguais (sacerdotes, guerreiros, artesãos, etc.).

Nota-se que daí despontou o preconceito, o conceito prévio e negativo em relação ao estranho no grupo, nada mais do que um comportamento temeroso diante do diferente. Consequentemente, a solução era inferiorizá-lo. No passado, a identidade do grupo gerava um sentimento de reivindicação fundamental para o Direito. Havia uma reflexão sobre sacrifícios e benefícios, e estabeleciam-se padrões de ponderação. De forma que o sentimento de igualdade fazia com que se considerasse justo e direito, os benefícios apenas para os seus iguais. A igualdade levava a uma valoração do Direito. De maneira que aquele estranho ao grupo seria merecedor de *menos direitos*. Pensamento dentro do próprio ordenamento da época e do espaço a que fazemos referência, mas que, notória e indubitavel-

7 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 1992, p. 55.

8 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 30.

mente, espraia efeitos até os dias atuais.

Assim, as sociedades passaram a estabelecer um poder de mando, e o respectivo dever de obediência por parte dos súditos. No início, era uma autoridade absoluta, sucedida por uma hierarquia de entes; a complexidade de conflitos fez surgir uma complexidade de normas jurídicas. Isso foi cristalizando todo um entendimento do que deve ser ou não feito, e as sanções impostas. A princípio, eram sim sanções desmesuradas, e depois foi se limitando e adequando às relações sociais.

A Lei de Talião era um exemplo de Direito limitador, um Direito que tem o desiderato de resolver os conflitos *positivamente*. A partir do momento em que o Código de Hamurabi determinava "olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé", ou "aquele que construir uma casa cujo filho do proprietário morra em desabamento, terá por pena a morte do seu filho", por mais brutal que pareça este ordenamento, já é um embrião de um Direito limitador. No passado, se um morria por causa de outrem, matar-se-ia toda a família deste outrem.

Ademais, depreende-se destas primeiras manifestações jurídicas o que hoje denominaríamos de "Estado Democrático de Direito", ou seja, o Estado que se rege pelas próprias leis que o compõem. É o exercício de um poder de decidir nos termos em que a própria sociedade – o povo –, concordou e deu aval. Conclusão esta extraída sem dificuldades do próprio prefalado Código de Hamurabi, conforme frisa Moses Finley, considerando que, dentro se seu extenso preâmbulo, consta a seguinte afirmação:

> Anu e Ilio, para a prosperidade do povo, me chamaram pelo nome de Hamurabi, o venerável príncipe temente a Deus, a fim de fazer surgir na Terra a justiça, destruir o mal e os perversos, evitar que os fortes oprimam os fracos.[9]

9 FINLEY, Moses. *O legado da Grécia* - uma nova avaliação. Brasília: UnB, 1998, p. 32.

Desta forma, o Direito exercia as seguintes funções sociais: instrumental, à medida que se faz instrumento utilizado na sociedade para a resolução dos conflitos e para nortear negócios realizados entre particulares e entre particulares e o Estado; e definidor, estabelecendo o que é permitido, o que é tolerado e o que é vedado. Tem-se um comportamento proibido, um comportamento desejável, e tem-se também um comportamento obrigatório. Com norma, obriga, mas tem como componente dístico das normas sociais: o elemento sanção, a violência oficial e autorizada, que delimitava de forma impositiva a atuação da sociedade.

Entretanto, tal submissão irracional e injustificada a apenas uma fonte de poder e normativa foi repelida pela sociedade, paulatinamente consolidando-se a ideia de que um poder deve ser legitimado pela maioria, assim como as regras a serem seguidas. Chegou um momento em que a liderança percebeu a necessidade de *validar* um comportamento para ser tido como cogente. Quando isso ocorreu, entendeu-se que a norma era a vontade da maioria, ou ainda, a vontade de um poder aceito pela maioria. Isto é em verdade uma *necessidade* para se resolver os conflitos. A forma de como se procede à eleição dos valores norteadores da resolução de conflitos variou pelo tempo, ora pela força, ora pela desagregação e reunião dos grupos, ora (modernamente) pelo consenso da maioria. Tal como se verificou naquele novíssimo meio de gestão de conflitos, notório sobretudo nas cidades litorâneas do Mar Egeu, denominado *Demokratia*.

A evolução do pensamento na Grécia Antiga

Damos um salto deste período da chamada *Proto História*, até meados do fim daquele período histórico conhecido como *Idade do Ferro*, quando surgiram os primeiros pensamentos filosóficos em civilizações como a egípcia e, notadamente, a grega.

Pode-se dizer que, naquele período de tempo compreendido entre a invasão dórica do Peloponeso, por volta de 1100 a,C., e a dominação romana, em 146 a.C. (curto, se comparado à Pré-história, em que relegamos mais de 20 mil anos do homem moderno nas cavernas), houve uma explosão de conhecimento e de saber que só poderia ser comparada, em termos de proporção, ao advento da impressão gráfica mecânica de Gutenberg, ou da *Internet*. Nas palavras de Aloysio Ferraz Pereira:

> Todavia, das origens até o meado do V século antes de Cristo, os gregos vão viver o seu intenso milagre da criação, que os trouxe de um mundo egotista e místico até uma nova ideia de natureza, só possível quando iluminada pela liberdade, se construiu sobre a objetividade.[10]



Pelas relações sociais desenvolvidas pelo Ocidente, indubitavelmente a civilização grega foi a que mais espraiou sua influência. E, aqui, cabem algumas retificações oportunas: em verdade, não há falar-se em um "mundo grego", ou uma "civilização grega". Primeiramente, porque o nome "Grécia" foi atribuído pelos romanos em momento posterior à sua era relevante, para delimitar aquela região geográfica (da mesma forma que o fez com a Gália, na região do que hoje constitui a França, e a Dácia, atual Romênia). E, em segundo lugar, porque o pensamento filosófico "grego" originou-se não a partir de um conceito nacional, mas sim a partir de "cidades-estado" gregas, sendo a mais relevante, sem dúvida nenhuma, Atenas.

Inobstante às definições geográficas e léxicas, fato é que muito dos valores que hoje norteiam o Direito hodierno surgiram na Grécia antiga. Por meio do estudo da filosofia, da lógica, da ética, o homem daquela época pôs-se a refletir acerca de valores como a justiça e a equidade, cuja sua importância é tamanha que, efetivamente, passa a constituir uma verdadeira virtude. Nas palavras brilhantes de Newton De Lucca:

> Quando Hegel definiu a época helênica como a bela totalidade ética, é porque havia uma integração entre homens e o cosmo, ou entre o indivíduo e a comunidade política. Ainda que esses filósofos da Grécia antiga (Sócrates, Platão, Aristóteles, estoicos e epicuristas) divergissem quanto ao conceito do que era a virtude, a vontade, a razão, etc., havia a concordância quanto à natureza virtuosa do comportamento do homem e de seu *ethos*. Entendo que essa totalidade ética, ao contrário do que muitos sustentam, só veio a ser efetivamente rompida com o advento da modernidade, quando valores absolutamente diversos daqueles da Antiguidade foram colocados em seu lugar.[11]

Cabe ressaltar que, inicialmente, o homem grego se colocou a refletir acerca dos fenômenos naturais e das consequências por eles causadas, atribuindo a estas observações o caráter de mito. Daí surgiu grande parte das histórias que compõem a mitologia grega. Tal era a importância da mitologia grega para o

10 PEREIRA, Aloysio Ferraz. *História da filosofia do direito*: das origens a Aristóteles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 18.

11 LUCCA, Newton De. *Da ética geral à ética empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 82.

homem grego, que a matéria foi ensinada nas escolas e academias até mesmo em nossa Era Contemporânea.

Sim, porque, a despeito do que muitos concluem ao colocar em grau de equivalência a mitologia grega com a fábula, *um mito não é uma fábula*. Enquanto que nas fábulas encontramos um ambiente de total ficção e irrealidade, das histórias constantes da mitologia grega extraem-se reflexões, conclusões, indagações que colocam quem toma contato com aquelas narrações a meditar e contestar paradigmas, incluindo-se aí, por exemplo, o questionamento acerca da pertinência do entrelaçamento entre lei e religião. Assevera Aloysio Ferraz Pereira:

> O domínio monolítico das leis, em que, na cidade aristocrática, se harmonizava com a religião e a política, vacilava diante das teses audaciosas de oradores, sofistas, pensadores. O dever de obediência às leis cedia perigosamente o passo à livre pesquisa do direito justo.[12]

Não sem razão que, em um crescente de pensamento, despontaram os primeiros grandes filósofos da Antiguidade. A iniciar-se por Sócrates, indivíduo de notável despretensão que, com o seu método de questionamento, provoca o seu interlocutor a fim de que este logre atingir o conhecimento por si só. O processo de *Maiêutica* que se desencadeia a partir dos diálogos de Sócrates, leva a congruência de ideias e de pensamentos sempre em direção a um denominador comum, dando origem ao que, mais tarde, viríamos a conhecer como a lógica.

O próprio contexto social da Grécia Antiga (que, ao fim e ao cabo, era uma sociedade escravocrata) levava aquela casta de pensadores a se dedicar apenas à elaboração de suas ideias, de forma congruente com aquela realidade. Platão, por exemplo, preconizava a necessidade da busca de uma sociedade ideal, baseada em uma realidade utópica que denominava *mundo das ideias*. Aristóteles, por sua vez, privilegiava a razão em suas indagações, afirmando com eloquência que mesmo as conclusões relacionadas às ciências humanas careciam de uma comprovação empírica. Ambos os citados pensadores propagaram suas ideias por meio de academias e escolas próprias.

Os pontos cardeais do Direito Grego *naquele contexto intelectual de Atenas* eram notoriamente a busca da virtude, da ética e da equidade entre os homens e entre as relações sociais que compunham a sociedade. Na escassez de regras escritas, as *lides* eram frequentemente submetidas aos tribunais e magistrados, que decidiam de acordo com os costumes, os valores, as ponderações, partindo da observação da natureza, passando pela reflexão do que é virtuoso, e legando escrito apenas algo muito embrionário em termos de Direito Positivo, por considerar parte dos filósofos gregos, a força da lei posta, notem, *inferior à força da ética e da virtude*. Nas palavras de Moses Finley:

> A solução contratual era particularmente frágil, por ser instável quanto a um agente superior, mas inteligente, habilidoso e persuasivo do que a média. Era, acima de tudo, para esse tipo de agente que a exigência cética devia ser atendida, e demonstrado que os objetivos da moral e da justiça eram racionais.[13]

Entretanto, cabe a lembrança de que o Direito, ou ética, ou virtude, ou justiça grega, ainda admitiam em seu contexto, a escravidão na sociedade como uma condição natural para determinados seres humanos, e este pensamento tolerante era de fato congruente com a realidade em que se vivia, já que, para alguns terem tempo livre e despreocupado para pen-

12 PEREIRA, Aloysio Ferraz. *História da filosofia do direito*: das origens a Aristóteles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 22.

13 FINLEY, Moses. *O legado da Grécia* - uma nova avaliação. Brasília: UnB, 1998, p. 277.

sar, necessária a existência de outras pessoas que executassem (em regime de escravidão) os trabalhos necessários à manutenção da cidade. Ainda por Moses Finley:

> Sob todos estes aspectos, o pensamento ético dos gregos era não só diferente da maior parte do pensamento moderno, particularmente do pensamento moderno influenciado pelo cristianismo, mas também tinha muito melhor aparência. Há, naturalmente, pormenores quanto aos quais esta visão não poderia hoje ser retomada, e outros em que poderíamos não querer retomá-la. Alguns de seus pensamentos exprimem determinada integridade de vida que existiu talvez por um breve período na cidade-estado, mas a qual, conforme salientou Hegel, teria de ser retomada, se fosse o caso, somente de forma totalmente modificada. Outras características de suas percepções, suas atitudes concretas quanto à escravidão, por exemplo, e ao papel das mulheres, esperamos que jamais sejam retomadas.[14]

E os pensadores clássicos gregos não escapavam de dotar suas obras do que hoje considerar-se-iam, ao menos, como "imperfeições éticas". Platão, por exemplo, afirmava existir uma "desigualdade justa" entre as plúrimas classes sociais, na qual existiriam, naturalmente, homens dotados de almas de ouro, almas de prata e almas de bronze. Os primeiros seriam destinados ao exercício das tarefas mais nobres, e os últimos às tarefas menos proeminentes – inobstante a possibilidade de um indivíduo ascender ou descender de uma a outra classe social. Este pensamento se fez presente em sua obra *"A republica",* no livro X:

> Todos vós que estais na cidade sois irmãos, mas ao plasmar-vos, o deus, no momento da geração, em todos os que eram capazes de comandar misturou ouro, e por isso são valiosos. Em todos os que eram auxiliares daqueles misturou prata; mas ferro e bronze nos agricultores e outros artesãos. Já que todos vós sois da mesma estirpe, no mais das vezes geraríeis filhos muito semelhantes a vós mesmos, mas, às vezes, do ouro seria gerado um filho de prata e, da prata, um de ouro, e assim com todas as combinações de um metal com outro. Aos chefes, como exigência primeira e maior, ordenou o deus que de nada mais fossem tão bons guardiões quanto de sua prole, nem nada guardassem com tanto rigor, procurando saber que mistura havia na alma deles e que, se um filho tivesse dentro de si um pouco de bronze ou de ferro, de forma alguma se compadecesse dele, mas que o relegasse, atribuindo-lhe o valor adequado à natureza, ao grupo dos artífices e agricultores. Em compensação, porém, se um deles tivesse em si um pouco de ouro ou prata, reconhecendo-lhe o valor, fizesse que uns ascendessem à função de guardião e outros à de auxiliares, porque havia um oráculo que previa que a cidade pereceria quando um guardião de ferro ou bronze estivesse em função.[15]

Mesmo Aristóteles, pupilo de Platão e a quem coube à evolução de seu pensamento, admitia um contexto político e social em que, pela primeira vez, mencionava-se a separação de poderes, entre os que legislam e os que governam, e de forma apartada, os que julgam os conflitos. Por outro lado, ressaltava como de fulcral importância, a necessidade de se existir uma classe de comando e outra de comandados. Conforme menciona em sua obra *"A política"*:

> Não é apenas necessário, mas também vantajoso que haja mando por um lado, e obediência por outro; e todos os seres, desde o primeiro instante do nascimento, são, por assim dizer, marcados pela natureza, uns para comandar, outros para obedecer.[16]

14 *Ibidem*, p. 283.

15 PLATÃO, *A república,* 2006, p. 129. (415 a.C.)

16 ARISTÓTELES, *A política,* 1998, p. 12. (384-322 a.C.)

As ideias, os pensamentos e a filosofia grega evoluíram, se consolidaram, se perenizaram, paulatinamente, de um pensamento que homenageava a virtude e o saber (acompanhado das vicissitudes da escravidão), e frente ao contato com um Império cujo anseio era a expansão e a conquista, as ideias de virtude e justiça gregas vão se homogeneizando com outras ideias, codificadas e contratuais, cujas balizas eram puramente negociais.

O Direito e a Civilização Romana

> Da união secreta entre Marte e a Vestal Reia Silvia, nasceram Rômulo e Remo. Aleitados por uma loba, criados por um pastor, eles voltaram à Alba longa, anos mais tarde, para fazer justiça e fundar uma grade cidade. Entretanto, apenas Rômulo, auxiliado por Jano, a divindade do começo e do fim, levaria a termo o ambicioso projeto.[17]

Os primeiros escritores latinos que se dedicaram ao estudo das origens de Roma – como, por exemplo, Tito Lívio, no Século II depois da Era Cristã – traçaram com precisão um quadro de como surgiu o reino de Roma, a República e o Império Romano, as guerras e as conquistas. Mas acerca das origens de Roma – dada a ausência de documentos e fontes históricas –, por vezes a imaginação foi fartamente solicitada pelos escritores e magistrados da Era Antiga, como na passagem acima mencionada, em que os irmãos Rômulo e Remo, se digladiaram mortalmente até que restou apenas o primeiro, que fundou a cidade. Ou, mais preteritamente ainda, o mito de Enéias, egresso da vencida cidade de Tróia que, acolhido pelo povo latino, fundou a cidade de Alba longa. Local onde, gerações mais tarde, nasceriam, de lá seriam banidos e para lá retornariam, os prefalados irmãos, amamentados por uma loba, para fundar a cidade de Roma.



Certo é que, até mesmo sob o aspecto mitológico, Roma refletiu exatamente o que de fato foi: um Império expansionista, belicoso e negocial. Do mito de Enéias, extraiu-se a ideia de um sobrevivente de Tróia, avesso aos valores helênicos, e que por meio de seu trabalho glorificava as origens da Civilização Romana, em detrimento da helênica, em muito a supera e, ao fim, conquistou o que mais tarde se convencionou chamar de Grécia. Do mito de Rômulo e Remo, relevante observar a presença de Marte como seu genitor, o Deus Grego da guerra e da conquista.

Em verdade, atribuiu-se o surgimento da Civilização Romana ao enfraquecimento das civilizações gregas, egípcias e as do médio oriente mesopotâmicas. A guerra do Peloponeso e os projetos de expansão helênica levados a cabo, inicialmente, por Filipe da Macedônica e, depois, por seu filho, Alexandre, custaram caro ao povo grego, seja pelos custos das empreitadas bélicas – que levavam à ruína a agricultura e a frágil estrutura das cidades-estados gregas –, seja pelo novo modo

17 MITOLOGIA. São Paulo: Abril Cultural, 1973, v. III, p. 690.

de vida que os soldados gregos traziam de sua vida de combates, menos preocupados com a virtude e a ética, e mais vinculados à conquista e ao conceito de propriedade como expressão de poder. Conforme considera Fábio Konder Comparato:

> A partir do século III a.C., uma nova visão de mundo toma conta dos espíritos. A insegurança generalizada, consequente ao estado de guerra permanente e a decadência das formas tradicionais de organização política provoca uma mudança sensível na mentalidade geral.[18]

As próprias (verdadeiras) origens de Roma, em parte, explicavam seus valores. Tem-se como pacífico que os componentes do povo Etrusco – prováveis fundadores de Roma – dedicavam-se ao pastoreio, a uma agricultura rudimentar e a eventuais pilhagens. A sociedade organizava-se por meio de clãs, ou *gens,* dispersos em numerosas aldeias. E seu desenvolvimento ocorreu em uma região de planície encravada entre os Montes Albanos e Apeninos, limitados pelo rio Tibre e pelo Mar, denominada de Lácio. Esta região era tida como uma importante rota comercial fluvial e terrestre, sobretudo pela sua ligação com o Mar Mediterrâneo.

Tais características agiram de forma determinante no pensamento do homem da Roma Antiga que, devido ao conceito de clãs ou *gens*, valorizava o elemento *paterfamilias,* estabelecia relações comerciais sólidas e tinha a propriedade e o território como expressão de poder. Conforme mencionado, em 2015, por Elpídio Donizetti em sala de aula no curso gaúcho "*Verbo Jurídico*", muito conhecido é um provérbio latino: "*Venas romanus, sanguis profluit, sed terrae*" ("Nas veias de um romano, não corre sangue, e sim terra").

O encontro e a ebulição de tais ideias foram fundamentais para que um conjunto de tribos etruscas situadas entre sete colinas do rio Tibre – as *Septimontiun* – se transformasse na maior civilização do mundo antigo ocidental. A Civilização Romana chegou a dominar todo o sudoeste da Europa Ocidental, sudeste da Europa (Região dos Bálcãs), praticamente toda a Bacia do Mediterrâneo, norte da África até a Somália, Leste Europeu até pouco além dos Cárpatos, chegando à região da Simeria e Transilvânia, e até os extremos da Península Ibérica, Bretanha e região da Judéia, no Oriente Médio.

Com efeito, o Direito e a própria ideia de justiça foram severamente afetados por toda esta nova maneira de pensar e de proceder. Não mais se homenageava a virtude, mas sim o contrato. A intenção não era propriamente convencer o interlocutor de suas ideias, mas sim a ele impor um código de condutas preestabelecido, com a finalidade de promover o bem comum. Menos importante era conquistar um povo, e mais relevante era convidá-lo a aderir a todo um sistema jurídico apresentado ao conquistado, mantendo a ordem social já presente e ampliando a área de influência e de conquista, sem se divorciarem dos valores da virtude e da justeza, absorvidos da Grécia Antiga. Nas palavras de Mário Curtis Giordani:

> [...] o espírito prático dos romanos orientou-se por uma filosofia simples e sólida que, oportunamente, os jurisconsultos souberam extrair dos pensadores gregos e aplicar à realidade romana. Um simples olhar a um manual de Direito Romano revela seu espírito: proteção do indivíduo, autonomia da família, prestígio e poder do *paterfamilias*, valorização da palavra empenhada, etc.[19]

A maior contribuição do Direito Romano, indiscutivelmente, foi a sua positivação. Dado o caráter universal que as relações da Civilização Romana assumiam, mister se fa-

18 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 108.

19 GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma*. São Paulo: Vozes, 1972, p. 256.

zia a elaboração de regras escritas e perenes acerca das obrigações contraídas e seus efeitos entre as partes. As relações comerciais com os povos do mediterrâneo, a necessidade de se estabelecer ordem dentro dos povos conquistados, a gestão interna e a organização política da sociedade, a fim de dotar de segurança as decisões, tudo passou a ser regido pelo Direito. Público, quando se tratava da organização política dentro e fora de Roma. E privado, ao tratar das relações entre os cidadãos, e entre os cidadãos e o Estado. Suplanta-se a solução de problemas por meio da magia e da superstição, que cedeu lugar a um Direito Processual e à atuação de jurisconsultos e magistrados.

E surgiram conceitos de personalidade, incapacidade, respeito ao contrato e à propriedade em suas diversas acepções. A pluralidade de relações levou a uma pluralidade de situações a serem resolvidas, antes pela observação da natureza e a atribuição de uma virtude e, mais preteritamente, pela vontade divina. Mas, agora, na República (ou Império) Romana, apenas pelo Direito Positivo e previamente codificado. Nas palavras de Mario Losano:

> [...] a expansão dos negócios suscitava os problemas do elevado número de juízos e dos casos imprevistos a regulamentar. A assimilação da cultura grega colocava o concreto mundo latino em contato com as refinadas abstrações gregas da gramática, da lógica e da geometria. É neste período que Cícero observa que o *ius civile* (o direito dos *cives*, dos cidadãos romanos) é "*duffusun et dissipatum*" (De or., 2,33,142); é a partir desse momento que começam as tentativas de reduzir o sistema, tendo como modelo a geometria euclidiana, aquele amontoado re regras determinadas caso a caso, que constituem a força do direito romano.[20]

Pode parecer uma afirmação contraditória, mas o apogeu do que entendemos por Direito Romano, sobreveio num momento em que a Civilização Romana, tal como mais conhecida foi, já não existia mais. A compilação de todo o Direito Romano – positivado, mas de forma dispersa – só foi feita pelo Imperador Justiniano, entre os anos de 529 e 534 depois de Cristo. E não em Roma, mas na cidade de Constantinopla, capital do Império Romano do Oriente.

Para esta compreensão, imperioso lembrar que, alguns séculos antes, o Império Romano Ocidental sucumbiu em virtude de suas próprias rotinas políticas e de estabelecimento de poder: os mais diversos povos outrora bárbaros agora dominavam Roma e suas instituições. O declínio econômico, a falta de investimentos na agricultura – que restava abandonada –, e a impossibilidade de manutenção de um exército profissional para assegurar as fronteiras e o controle do Mediterrâneo levaram pouco a pouco a uma desagregação da sociedade e a desestruturação da ordem política romana.

Primeiro por meio da divisão efetuada pelo Imperador Diocleciano, da administração do Império Romano em duas metades: a Ocidental, ainda administrada por Roma, e a Oriental, administrada pela cidade de Bizâncio (Constantinopla). Depois, pelas sucessivas trocas de poder, passando pelas invasões bárbaras no Império Ocidental, que culminou com os saques, até que Flavio Odoacro depôs Rômulo Augusto e iniciou a longa série de reis bárbaros da Itália Antiga. Em 4 de setembro de 476, o Império Romano já não existia mais. Esta passagem da história é muito bem apresentada por Mário Curtis Giordani:

> Os sucessores de Teodósio não se revelaram à altura de seu cargo. O império do Ocidente entra em agonia. A incapacidade dos imperadores, meros joguetes nas mãos dos poderosos chefes militares, une-se a desintegração e decomposição das instituições. O exército se desagrega, sobretudo pela má qualidade de seus componentes, muitos dos quais eram bárbaros, ousados e valentes, porém incapazes de se submeterem à tradicional

20 LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 33-34.

> técnica militar romana, que exigia um acurado preparo profissional. Finalmente, as irresistíveis ondas bárbaras vão dar o golpe de graça no Império do Ocidente. A história deste acontecimento já se situa no limiar de uma era que se convencionou chamar Idade Média.[21]

Mas, não obstante à queda do Império Romano do Ocidente, o Império Romano do Oriente ainda persistiu, na figura do Império Bizantino, que seguiu por toda a Antiguidade Tardia e Idade Média. Com efeito, fazia-se necessário reorganizar a legislação ainda em vigor e salvaguardar a herança jurídica romana, consubstanciada nos Códigos Gregorianos, Hermogeniano, Teodosiano, Constituições Particulares e as mais diversas decisões proferidas pelos pretores e magistrados romanos. Surgiu, assim, o *Corpus Iuris Civilis Romani*, denominação dada muitos anos depois pelo romanista francês Dionísio Godofredo, em 1453.

Dividido em quatro Tomos – *Digesto, Código, Instituta, Novelas* –, Justiniano legou ao seu ministro Triboniano a tarefa de compilar, modificar, amputar e adaptar os textos jurídicos clássicos, de modo a dar-lhes aplicabilidade prática ao contexto social e político à época existente. É deste texto que se extraíram princípios do Direito Romano que são estudados até hoje, como *Iustitita est Constants et perpetuas voluntas ius suun cuique tribuens* (Justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o seu direito, *Institutionum D. Iustiniani, Liber Primus, Tit. I*), ou *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterun non laedere, suun cuique tribuere* (Os princípios do Direito são estes: viver honestamente, não lesar o próximo, e dar a cada um o que é seu, *Institutionum D. Iustiniani, Liber Primus, Tit. I, § 3º*).

A importância do denominado "Código de Justiniano" não foi esquecida pelos juristas contemporâneos. Nas palavras de Mario G. Losano:

> Somente com a redescoberta desta compilação, ocorrida na Idade Média, encontrou-se um nome que abrange as quatro partes: para ressaltar seu caráter unitário em relação à jurisprudência romana clássica e ao direito dos bárbaros, Irnério falou em um Corpus *Iuris Civilis*. É com esse nome que ainda hoje se designa aquele que, quase com certeza, é o documento jurídico mais importante de todos os tempos.[22]

E complementa José Cretella Júnior:

> O direito de Justiniano estudado em toda a Europa, desde o século XII e aceito oficialmente, na Alemanha, em fins do século XV, teve grande influência na formação do direito atual, refletindo-se na redação dos modernos códigos e, em especial, no Código Civil Francês de 21 de março de 1804 e no Código Civil Alemão, de 1900.
> Além disso, na Escócia e na África do Sul, até bem pouco tempo o direito romano encontrava sua aplicação quase integral.
> Não se pode esquecer, ainda, que todo estudo de direito comparado, em nossa época, é fundamentado nos institutos que remontam ao direito romano.[23]

Com efeito, o *Corpus Iuris Civilis Romani* dotou as relações comerciais do Império Romano do Ocidente de segurança, as instituições políticas e sociais de estabilidade, e muitas de suas disposições foram aplicadas muito além da época de sua lavra, alcançando a Idade Moderna e lançando as bases contratuais para o pensamento burguês. Mas, não muito longe dali, alguns séculos antes, ganhou corpo uma cadeia de ideias e de pensamentos surgida na Judéia, que passaram a reverberar de baixo para cima na sociedade romana desde antes da cisão do Império, se instalando de forma oficial e influenciando para sempre o

21 GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma*. São Paulo: Vozes, 1972, p. 85.

22 LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 38.

23 CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito romano moderno forense*. 4. ed. São Paulo: Forense, 1986, p. 3.

Direito, que passa a ser menos negocial e mais humano e transcendental: o Cristianismo.

O surgimento do Cristianismo e a Idade Média

> Roma é a plebe.
> O coração pulsante de Roma não é o mármore frio do senado, mas sim as areias fumegantes do Coliseu.

A expressão acima, que ficou famosa no filme "*Gladiador*" (Ridley Scott, 2000), e atribuída ficticiamente ao senador romano Caio Graco, traduz bem o que Roma era quando do surgimento do Cristianismo: um império cujo pensamento aceitável pelo poder era totalmente dístico do em voga junto à população mais pobre. As ideias politeístas – muitas delas herdadas da cultura grega – eram de grande conveniência aos romanos das classes mais abastadas, na medida em que apresentavam os deuses quase como seus pares.

Mas, para as populações mais carentes, fazia-se necessária uma filosofia de amor, de perdão, de redenção, que até então existia apenas remotamente nas culturas hebraicas, notoriamente no judaísmo. Logo, *para os não judeus*, o Cristianismo caiu como uma luva. Nas palavras de Newton De Lucca:

> Com efeito, o cristianismo – religião que viria a dominar todo o Ocidente após um largo período de perseguição e tragédias – é uma vertente de sólida tradição judaica, com algumas influências gregas e orientais. Já o aspecto marcadamente jurídico do monoteísmo hebraico, até então predominante, foi claramente afastado pela doutrina Cristã, conforme assinalado pelo Prof. Fábio Konder Comparato, que bem relembra o fato de Jesus, mesmo respeitando a lei mosaica, haveria de romper com a tradição existente, propondo aos homens, mercê da própria origem divina, a construção de uma sociedade humanitária, na qual todos se irmanariam na busca de um destino comum, o Reino dos Céus.[24]

De forma que, paralelamente ao apogeu do Império Romano, em uma das províncias mais pobres de Roma, denominada Judéia, borbulhava um caldeirão de ideias, algumas revolucionárias, outras de cunho profético e apocalíptico. Imperioso se faz lembrar que os habitantes daquela região – muitos deles os denominados *judeus* – traziam consigo toda uma carga religiosa e histórica, que refletia diretamente na forma como a sociedade se estruturava. Tanto é assim que, a despeito da tentativa de helenização forçada por volta de 64 a.C., a dominação romana foi relativamente bem recebida pelo povo judeu, já que Roma concedia autonomia quase ilimitada aos assuntos internos das províncias.

Razão pela qual o Cristianismo, a princípio, em nada interferiu nos negócios de Roma. A clássica passagem de Pôncio Pilatos em que diz "lavar as mãos", ante os supostos crimes praticados por Jesus Cristo, demonstra bem o entendimento do Império acerca dos assuntos internos das colônias e principados. Para o Direito Negocial e Contratual Romano, Jesus Cristo era inofensivo.

Os habitantes da Judéia – sobretudo os sacerdotes judeus – não compartilhavam desta opinião. Na sociedade local da época, declarava-se "Nós somos o povo escolhido, na terra prometida". Jesus Cristo rompeu com essa afirmação, ao indicar "não, todos são escolhidos, desde que queiram acessar o reino dos céus", passando a ser tido como um agitador, inconveniente àquela sociedade. E, por isso, foi condenado e crucificado.

Mas as ideias permaneceram. Instalaram-se naquela sociedade pobre da Judéia e espraiaram-se para a Civilização Romana ao ponto de se tornarem a religião oficial do Império, por obra do Imperador Constantino, no Século IV.

24 LUCCA, Newton de. *Da ética geral à ética empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 103.



O Cristianismo assistiu à queda do Império Romano do Ocidente, mas suas ideias foram adotadas pelos conquistadores bárbaros, em breve senhores feudais. Surgiu a Igreja Católica. E o Cristianismo cresceu em importância ao ponto de se tornar parte do sistema político e organizacional da economia e da sociedade feudal. A interação da Igreja Católica com o poder era tanta que as coroações e titulações da nobreza eram sempre acompanhadas do aval da Igreja (clero), a fim de dar legitimidade aos atos.

E o Direito? Aqui não se falava no Direito sendo regido unicamente de acordo com os interesses da Igreja Católica. Mas uma simbiose muito grande entre as normas que eram ditadas pelos nobres, e as normas de interesse do clero. As leis – a princípio um tanto confusas logo após a queda do Império Romano do Ocidente – foram se sedimentando em sistemas jurídicos próprios, ora baseados no *Código* Romano e nas *Institutas*, ora baseados nas leis das tribos germânicas, com forte vinculação aos costumes praticados. Sim, é o momento do incremento da conhecida divisão do Direito em *Common Law* e *Civil Law*.

E, para a consolidação de ambos os sistemas, o poder da Novíssima Igreja Católica se mostrou fundamental, tanto no aspecto jurídico, como no aspecto político. Nesta época de definição de valores, despontaram pensadores como Santo Agostinho de Hipona, São Francisco de Assis, São Tomas de Aquino e Guilherme de Ockham, que num crescente evolutivo de ideias, desenvolveram o seu pensamento de justiça paralelamente ao pensamento da Igreja Católica. Surgiu a *ecolástica* – uma filosofia que procura unir a fé e a razão. Inobstante o conteúdo das ideias – marcadamente referidas aos problemas vividos por aquelas sociedades –, o sentido para o qual confluíam as conclusões era basicamente o mesmo: justo é o que esta de acordo com a vontade de Deus.

Da alta à baixa Idade Média, cresceram os reinos bárbaros, que muito aproveitaram as antigas estruturas do Império Romano para se estabelecerem sempre amparados pelo Catolicismo, que com ele também se fortaleceu e o legitimou politicamente, disseminando o Cristianismo pelo mundo ocidental. Conceberam-se os grandes mosteiros e catedrais, como demonstração de poder do clero para o povo do Ocidente. Esta realidade do passado resta bem evidenciada em uma das cartas escritas pelo Papa Inocencio III, ou Lotário de Segni:

> Sobre a autoridade papal: Carta ao prefeito Acérbio e os nobres da Toscana, 1198: Assim como o Fundador do universo estabeleceu duas grandes luzes no firmamento do céu, a luz maior para governar o dia e a luz menor para governar a noite, assim também Ele estabeleceu duas grandes dignidades no firmamento da Igreja universal, a maior para governar o dia, isto é, as almas, e a menor para governar a noite, isto é, os corpos. Estas dignidades são a autoridade papal e o poder real. Agora, assim como a lua retira sua luz [quando surge] o sol; e é certamente menor em quantidade e qualidade, na posição e no poder, assim também o poder real deriva do esplendor da dignidade da autoridade pontifícia.[25]

25 GONZÁLEZ, Justo L. *E até aos confins da Terra*: uma história ilustrada do cristianismo, São Paulo: Vida Nova, 1995, v. 4, p. 179.

Ao lado do senhorialismo e do feudalismo, este poder da Igreja Católica cresceu e chegou a se tornar um poder absurdamente desumano, totalmente divorciado dos princípios originais de amor e de tolerância no passado pregados por Jesus Cristo. As primeiras ideias contrárias ao poder inconteste da Igreja Católica foram literalmente jogadas na fogueira – não se tinha como aceitável a possibilidade de qualquer corrente filosófica que versasse em sentido contrário aos dogmas da Igreja Católica. As confissões e os compromissos firmados forçados por meio da tortura eram rotina neste período – mais para frente, tais eventos darão azo a um dos mais caros princípios do Direito: "*Nemo tenetor se detegere*", ou a proibição de produzir-se prova contra si mesmo.

Entretanto, como se o destino de tal hegemonia já estivesse selado (como pareceu o destino do Império Romano), cresceu em tamanho e relevância um grupo de cidadãos – artífices, técnicos, comerciantes e artesãos –, cuja atividade cada vez mais reverberava na economia e na sociedade da época. Eles queriam direitos, eles queriam poder. E foram buscar lá nos ensinamentos da Antiguidade, as bases para reivindicar os seus anseios.

O fim da Idade Média e a Idade Moderna

A despeito da influência mais introspectiva que a religião exercia no Oriente – o Taoísmo e o budismo pregando a elevação espiritual, o Xintoísmo versando sobre o desprendimento da matéria e dos bens, e o Confucionismo pregando a educação e o desenvolvimento da virtude (como faziam os clássicos filósofos gregos) –, no Ocidente à religião foi, por toda a Baixa Idade Média, um instrumento de poder, de submissão e de exploração, legitimando as políticas de vassalagem e dos reinos dominantes.

Esta conclusão inclusive se extrai quando se observa alguns dogmas da Igreja que persistem até hoje, como a valorização e o voto da pobreza – a acumulação *pessoal* de riquezas não estava em consonância com a vontade de Deus, e a vedação ao casamento de padres e clérigos, que poderia levar a uma indesejada divisão familiar do patrimônio pertencente à Igreja Católica. Assim como nas religiões orientais, o Cristianismo também pregava o desapego à matéria, mas não para fins de elevação espiritual, e sim para que o patrimônio da Igreja Católica restasse hígido. Era conveniente para o clero que a massa não tivesse poder, não tivesse conhecimento, não soubesse sequer ler, tendo acesso aos ensinamentos das escrituras apenas por meio da palavra dos padres, traduzidas do inacessível latim, ou das obras e construções que a Igreja Católica patrocinava e concordava. A Catedral de Notre-Dame em Paris, com seus afrescos bíblicos logo na entrada, demonstrando por meio de imagens os salmos e as escrituras, é um exemplo notório disto.

E, mais uma vez, tais ideias vão deixando de serem aceitas pela novíssima classe de cidadãos que, devido as suas atividades realizadas dentro dos burgos, convencionou-se chamar pela expressão francesa *bourgeoises,* ou simplesmente, burgueses. A despeito do preconceito que experimentaram por parte da nobreza (que os chamavam de "pés sujos"), cresceu, junto com o poder econômico da burguesia, toda uma plêiade de ideias, de posições filosóficas, políticas, sociais e de uma visão mais humana e materialista do mundo. Não mais baseada numa promessa holística de redenção, mas agora, na razão. Com efeito, uma era em que se buscou suplantar os valores humanos em favor dos divinos, deu lugar a outra era, que buscou sua estrutura e seus valores naquela primeira. Bem explica esta fase de transição Fábio Konder Comparato:

> O trabalho de desconstrução do mundo antigo, iniciado com o advento do período axial, e do qual foram indicadas as principais etapas na primeira Parte deste livro, dá nascimento, ao final da Idade Média europeia, a uma nova era

> histórica, cujas características representam a negação do velho mundo. Abandonam-se, progressivamente, a religião e a sabedoria tradicional como princípios da vida ética. Os homens voltam às costas ao passado e enfrentam, com crescente confiança de êxito, os desafios do futuro. O indivíduo adquire, pela primeira vez, uma autonomia de vida que sempre lhe fora negada. Com a aceleração do ritmo da acumulação do conhecimento científico e do saber tecnológico, a humanidade se afirma, orgulhosamente, como senhora e possuidora da natureza.[26]

Uma explosão de acontecimentos marcou os últimos anos da chamada Idade Média e início da Idade Moderna. Na Inglaterra de 1533, o Rei Henrique VIII, na ânsia de conceber um herdeiro do sexo masculino, se divorciou de Catarina de Aragão, rompeu com o poder da Igreja Católica Romana, foi reconhecido pelo Parlamento como chefe supremo da Igreja da Inglaterra e lançou as bases do Anglicanismo. Movimento consonante com outras reformas religiosas por toda a Europa Ocidental, como o Calvinismo e o Luteranismo, sempre questionando os dogmas da Igreja Católica. Na Alemanha, Johannes Gutenberg, com seu aparelho rudimentar, criou a prensa móvel, invenção que possibilitou a reprodução do conhecimento escrito acumulados por centenas de anos em poucas horas. Constantinopla, importantíssimo entreposto comercial com a Ásia, caiu tomada pelo Império Otomano. E deu impulso à era dos descobrimentos por meio das grandes navegações ibéricas, em busca de novas rotas comerciais livres e de novas colônias de exploração, financiadas também pela burguesia e levando aos seus patrocinadores lucros jamais imaginados.

Paralelamente a estes acontecimentos que conduziram a sociedade a novos paradigmas de conhecimento, de tecnologias, de ideias e de objetivos, surgiram pensadores com valores profundamente dísticos dos apregoados pela nobreza, ainda presente nas esferas do poder, e pela Igreja Católica. Nas palavras de Newton De Lucca:

> O racionalismo parece ser a palavra chave para entendermos o sentido e o alcance desse tão completo conceito a que chamamos modernidade. Com o poder da razão, o homem não apenas pode conhecer como também controlar e dominar a realidade que o cerca. A razão propiciaria ao homem – esse parece ter sido o credo fundamental da modernidade – a exatidão e o discernimento, a primeira pra dar-lhe domínio sobre a ciência, e o segundo para permitir-lhe penetrar no universo da moral. Pode-se dizer, nessa linha de exposição, que a modernidade representou um discurso oposto ao que predominara até então, acenando com um porvir inteiramente livre de sofrimentos para a raça humana, sendo possível a ela, sob o império da razão, atingir a tão almejada felicidade, sempre tida, desde os filósofos gregos já referidos, como meta principal da nossa vida [...].[27]

Nem mesmo a transformação dos antigos reinos feudais em Estados foi suficiente para barrar a expansão das premissas de interesse da agora poderosa burguesia. Pelo contrário, pensadores como Nicolau Maquiavel e Thomas Hobbes noticiavam a necessidade de um soberano *administrar* seu poder frente a esta nova classe social, ainda que através de um Estado forte e impositivo. As obras "*O Príncipe*" e "*Leviatã*" foram demonstrações claras deste pensamento. E Hobbes ia além: para o pensador, a monarquia se justificava apenas pelo consenso social.

Esta sequência de fatores que enfraqueceu o poder e a influência da Igreja Católica, a conjunção de fatos que revolucionaram a vida e o cotidiano do homem da época, a profusão

26 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 153.

27 LUCCA, Newton de. *Da ética geral à ética empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 124.

de ideias e de pensamentos de interesse e patrocinados pela burguesia e a dependência dos Estados nacionais desta nova classe social, paulatinamente, conduziram o homem a um novo patamar de civilidade, numa nova era marcada notadamente pela criação dos Estados Unidos da América e pelo processo da queda da Bastilha na França, inaugurando um novo capítulo na História que se convencionou chamar de Idade Contemporânea.

A Idade Contemporânea

Aproximamo-nos do fim de nossa jornada no tempo, na História do homem e do Direito, para voltarmos os olhos às nações que convencionamos chamar de "berços da justiça": França e Inglaterra.

Ainda no início da baixa Idade Média, no começo do Século XIII, encontrava-se a Inglaterra depauperada pelos investimentos efetuados pelas cruzadas do Rei Ricardo "Coração de Leão", vencido na Batalha de Bouvines, impossibilitada de obter ainda mais recursos para o sustento do Estado por meio da tributação de seus súditos, e enredada na insatisfação popular ante os fracassos do seu sucessor, John Lackland (ou João Sem Terra) que, com suas políticas desastradas e arbitrárias, levou à perda de territórios para a França e a uma controvérsia com a Igreja Católica acerca da indicação do Arcebispo da Cantuária que perdurou até 1213.

De modo que, em 15 de junho de 1215, este último monarca inglês, para a manutenção do apoio dos nobres e barões, se viu obrigado (nunca o fez *sponte propria*) a assinar e se comprometer com uma "Carta". Basicamente, o documento reafirmava pontos da Carta de Liberdade de Henrique I, lavrada em 1100, e que versava acerca do devido tratamento a ser dispensado a membros da Igreja e do clero. Mas também inovava ao *limitar* os poderes do rei. Já não se fazia possível à instituição de tributos sem prévia justificativa, prisões arbitrárias ou condenações sem processo e assegurava-se o direito ao acesso à justiça. Sistematizou-se o conceito de *"Due Process of Law*, para cada litígio, há de se observar um processo específico devido". Ressalte-se que aqui não se fala em *constituição* ou *legitimação de poder*, mas sim em uma limitação na atuação do monarca por meio de um contrato. Ferramentas como o *Habeas Corpus* e a limitação ao poder de tributar surgiram neste exato contexto histórico.

A evolução jurídica e social da França ocorreu um pouco mais atrasada. Em 1789, o abade Emmanuel Joseph Sieyès apresentou, na Assembleia Nacional Francesa, o escrito "*Qu´est-ce que le tiers état?*" – que no Brasil, recebeu uma tradução extremamente inapropriada (A Constituição Burguesa). Basicamente, a obra mencionava desnecessária a existência do primeiro e do segundo estado (clero e nobreza, respectivamente) para a constituição do poder, que deve emanar apenas do terceiro estado, o povo.

Inspiração para a lavra da obra não faltou: o pensamento contratualista de John Locke e iluminista de Jean-Jacques Rousseau grassavam a Europa, de Londres a Genebra. Na própria França, alguns anos antes, Voltaire incomodava a nobreza com o seu pensamento vanguardista sobre as liberdades civis, religiosas e comerciais. O Magistrado francês Charles-Louis de Secondat – mais conhecido como Montesquieu – anunciava tragicamente que "tudo estará perdido, se não houver a separação do poder de quem governa, quem faz as leis e quem julga as lides".

A vizinha Inglaterra experimentava uma estabilidade política e social que a conduziu para a experiência de uma revolução industrial muito mais intensa do que a francesa (pois a França detinha indústrias modernas, mas em menor número), transformando praticamente toda a Europa e suas colônias em consumidoras de seus produtos. E, do outro lado do Oceano Atlântico, emergiu uma nação formada por treze ex-colônias britânicas, espanholas, francesas e holandesas, cujos valo-

res se divorciavam profundamente dos valores arcaicos europeus, valorizando a liberdade e a soberania popular: os Estados Unidos.

Pois, desde a baixa Idade Média, a sociedade começou a rejeitar a sua submissão a leis e ideias de cuja elaboração não participou. Surgiu uma nova classe social ávida pela garantia dos seus direitos, que almejava também participar do poder. Pouco a pouco, as instituições francesas foram ruindo, ora por uma substituição paulatina, ora pelo rompante e a força de ruptura abrupta, por meio da rebelião popular. Era a Revolução Francesa, que divorciou definitivamente o poder político do regime absolutista. Conforme esclareceu Thomas Paine:

> O que antigamente chamávamos de revoluções era pouco mais do que troca de pessoas ou alteração de circunstâncias locais. Elas subiam e caíam naturalmente, e nada havia em sua existência ou em seu destino que tivesse influência além do âmbito em que ocorriam. O que vemos agora no mundo, porém, a partir das revoluções da América e da França, são uma renovação da ordem natural das coisas, um sistema de princípios tão universal como a verdade e a existência do homem, combinando moral com felicidade política e prosperidade nacional.[28]

Montesquieu noticiava a necessidade de se administrar as relações humanas não por conta e obra de uma vontade divina – ou de seu suposto representante nesta terra –, mas pela *força da razão e da lei*. Bem asseverou em sua obra "*O espírito das leis*":

> Existe, pois uma Razão Primitiva, e as leis são as relações existentes entre elas e os diferentes seres, e as relações desses diversos seres entre si.[29]

O rompimento com o *anciet regime* absolutista foi tamanho que o Poder Judiciário foi relegado a uma instituição de somenos importância, ante o Poder Executivo e a representação popular francesa, com a sua famosa cisão em Jacobinos – liderados por Robespièrre, uma das almas da Revolução Francesa (e acomodados à esquerda nas assembleias) –, e os Girondinos, representando os interesses de uma monarquia já esfacelada (acomodados à direita nas assembleias) – explicação para a origem dos conceitos políticos de direita e esquerda. Com efeito, o Poder Judiciário seria tão somente a "boca da lei", mero reprodutor e aplicador das leis lavradas pelo Poder Legislativo.

Para aquele momento histórico, tal divisão foi de fundamental importância para a História da evolução do Direito e para a aplicação de um novíssimo sistema regulatório das relações comerciais e civis. Pois, inobstante os retrocessos políticos oriundos do porvindouro Imperador francês Napoleão Bonaparte, o *Code Civil de Français* (Código Civil Francês), lavrado por sua determinação sob a influência do já apresentado *Corpus Iuris Civilis Romani,* regulava e pacificava as relações entre os indivíduos e entre os indivíduos e o Estado.

A importância deste instrumento jurídico é bem ressaltada por Mario G. Losano, que articula:

> Desde a época bizantina, através da Idade Média, do Renascimento e do Iluminismo, as relações entre os indivíduos foram dirigidas pelo *corpus* Justiniano, exaltado a ponto de ver nele a própria razão colocada por escrito (*ratio scripta*). No século XIX, a compilação de Justiniano foi substituída por uma codificação baseada em princípios racionais do Iluminismo. Ela estabelece, por um lado, aqueles usos comerciais que se organizam de modo autônomo (códigos comerciais), e, por outro, aquela parte remanescente do direito privado que se

28 PAINE, Thomas. *Os direitos do homem*. São Paulo: Vozes, 1988, p. 121.

29 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 81.

> ocupava das relações entre indivíduos não compreendidos na matéria comercial (códigos civis). O debate sobre as codificações caracterizará todo o século XIX, remetendo-se a um novo texto sagrado: o *Code Napoleon* de 1804.[30]

Estamos no fim do Século XIX. Momento em que, por inspiração do Código Civil Napoleônico, diversas outras nações da Europa aderiram a um movimento de codificação de seus regramentos jurídicos, substituindo as já ultrapassadas normas de caráter religioso por leis de cunho estatal. Foi o florescimento do positivismo jurídico. *Justo é o que está previsto em lei.* A necessidade e urgência de se estabelecer uma pacificação do tecido jurídico, econômico, político e social, de forma independente à moral vigente e a rompantes ideológicos, restaram bem explicadas por Fábio Konder Comparato:

> No positivismo jurídico, opera-se da mesma forma uma redução ou simplificação da vida social, não já sob a forma de estruturas superpostas, mas de compartimentos estanques: o direito, como sistema normativo, existe independentemente da moral, da realidade econômica ou das formas de organização política. A visão de mundo dos profissionais do direito, em consequência, deve-se restringir ao ordenamento normativo, entendido como um sistema bastante a si mesmo.[31]

Com este pensamento, cresceram em importância pensadores como Jeremy Bentham, John Austin, e o austríaco Hans Kelsen. E ganhou corpo a obra deste último, "*Teoria pura do direito*", na qual, de acordo com seus textos, não se admitia a submissão da lei a nenhum outro axioma, senão à própria lei. Destacamos a respeito, as palavras de Miguel Reale:

> É necessário, dizia Kelsen, conceber o direito com olhos de jurista, sem procurar a todo instante elemento que a Psicologia elabora, a Economia desenvolve ou a Sociologia nos apresenta. Quando se trata, por exemplo, de estudar o problema da vontade jurídica nos contratos, eis que aparece a explicação psicológica, como a única possível, quando, a seu ver, trata-se de uma categoria jurídica dotada de valor lógico próprio, irredutível ao problema do conteúdo psíquico ou do processo de aferição de interesses.[32]

O vetor axiológico era fabuloso: para sua perfeita aplicação, deveria o Direito divorciar-se irreconciliavelmente de quaisquer outras searas do conhecimento. *Direito é ciência*. É fim, e não meio. Uma norma inferior encontra seu fundamento de validade em uma norma superior, até atingir-se uma norma hipotética abstrata fundamental, que prescreve: "respeite a norma".

Pois Kelsen buscou evitar ao máximo fundamentar suas ideias em elementos como Deus, Universo, ou mesmo o próprio homem. Logo no primeiro capítulo de sua obra, assim preceituava:

> Quando designa a si própria como "pura" teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Isto quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Este é o seu princípio metodológico fundamental.[33]

Inobstante o avanço que representava o pensamento de Kelsen, este não restava

30 LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 58-59.
31 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 350.
32 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 2, p. 401.
33 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 1.

imune a falhas e "vácuos axiológicos", como bem lembra Newton De Lucca:

> Ao que me parece possível, nestas parcas linhas, adensar o profundo e polêmico pensamento de Kelsen. Parece-me, numa análise absolutamente superficial de seu pensamento, que a sua Teoria Pura – conquanto de indiscutível genialidade – encerra o direito num sistema impermeável a todos os demais saberes, imbricando numa concepção excessivamente formalista e legalista, absolutamente afastada dos valores superiores da ética.[34]

E foi se aproveitando do excessivo tecnicismo de tais ideias que nações, impérios, países, ditadores e seus comandados buscaram dar um lastro jurídico às suas políticas expansionistas, conquistadoras, racistas, xenófobas e aviltantes dos mais básicos direitos do ser humano.

Do niilismo jurídico ao pós-positivismo

> O liberalismo do Império, [...] era favorável aos recém vindos. Favorável a quantos indivíduos de origem modesta – até filhos de escravos – se valorizassem pela instrução superior ou pelo casamento com moça [...] ilustre.[35]

A expressão acima – claramente versando acerca das mudanças que experimentava a sociedade brasileira no início do Século XX – mencionava tudo o que se esperava de um mundo contemporâneo, no ápice da modernidade. Nos céus de Paris, foi definitivamente inaugurada a era da aviação, pelo brasileiro Santos Dumont. Pelas ruas das grandes cidades, o trotar das carruagens puxadas a cavalo paulatinamente foi substituído por buzinas estridentes e fumaça oriundas de engenhocas de rodar. A Semana da Arte Moderna rompeu definitivamente com o estado da arte estacionário e antigo para dar lugar a novas ideias, liberdades criativas e conceitos artísticos, que se consubstanciaram no modernismo. Ideais iluministas com uma maior valorização do ser humano já se faziam ouvidos na voz de poetas e ensaístas como o francês Victor Hugo. E já desde o começo do Século XIX, o desenvolvimento de novas formas de transporte – como o navio a vapor e as ferrovias –, o telégrafo e o telefone permitiram um intercâmbio global mais rápido, gerando uma das primeiras ondas de globalização do mundo contemporâneo.

Mas, no campo político, as coisas não eram tão belas e tranquilas. Os Estados nacionais europeus – muitos ainda monarquias absolutistas – buscavam cada vez mais a conquista de territórios para garantir colônias de exportação de matérias-primas e mercados consumidores para seus produtos. Os países vigiavam-se mutuamente e sempre de formas hostis: afinal, muitos deles perderam territórios em guerras recentes, cindiram e agregaram seus cidadãos em nações sem nenhuma identidade cultural, e deram um passo para trás na valorização do homem e de culturas diversas da indo-europeia, relegando territórios da África e da Ásia a um atraso no qual até hoje permanecem, por meio do neocolonialismo, que é definido nas palavras de introdução da obra do historiador Platão Eugênio de Carvalho:

> Os anos 70 do século XIX concretizaram assim a etapa final da segunda Revolução Industrial e o início da Grande Depressão do sistema capitalista. Essa depressão resultou do crescimento desordenado do industrialismo, que conduziu a uma superprodução não absorvida pelo mercado consumidor existente. Dessa crise adveio um longo período de recessão e desemprego, acompanhado da falência de empresas de pequeno e médio porte, sobrevivendo

34 LUCCA, Newton de. *Da ética geral à ética empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 177.

35 FREIRE, Gilberto. Crepúsculo do século, *In*: *Nosso século* – 1900/1910. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 65.

> grupos industriais e comerciais gigantescos que, superada a crise, passaram a monopolizar o mercado. Neste quadro global de transformações, elaborou-se nova fase de expansão territorial, extensão do antigo colonialismo mercantilista dos séculos XVI ao XVIII. A essa nova etapa convencionou-se denominar "imperialismo". Esse conceito, difundido no século XIX, para o pensamento de orientação liberal, significou uma política expansionista das grandes potências industriais. Para o Economista John Atkinson Hobson (1885/1940), essa política vinculava-se à exportação de capitais e a obtenção de matérias-primas e mercados. Durante o século XIX, grandes potências industriais promovem uma expansão territorial a fim de exportar capitais e assegurar matérias-primas e mercados. Essa política interferiu profundamente na evolução histórica, econômica e social da Ásia e da África. As ex-colônias dessas regiões – mesmo depois de libertas – mantiveram laços de dependência com as antigas metrópoles ou com outras potências mundiais, uma situação denominada neocolonialismo.[36]

Desnecessário dizer que as tensões deste delicado tabuleiro político da Europa da primeira metade do Século XX levaram à eclosão das grandes guerras mundiais. A primeira, no período de 1914 a 1919, é tida como um dos mais sangrentos conflitos bélicos territoriais. E a segunda, de 1939 a 1945, capitaneada pela Alemanha – vencida no primeiro conflito –, apresentou ao mundo, além do xenofobismo e do racismo, os maiores horrores dos quais o homem, sob o argumento de que esta a cumprir a lei, é capaz de perpetrar.

O professor Luiz Gonzaga de Oliveira já bem asseverava nas aulas em que ministrava na Universidade Gama Filho, no Rio de Janeiro, nos anos 90 que, em verdade, jamais existiram *duas grandes guerras mundiais*, e sim, *apenas uma*, em que se experimentou um hiato de tempo suficiente apenas para reorganizar o poder bélico e o pensamento político dos vencidos. A afirmação pode ser corroborada pelo fato de que, após a primeira guerra mundial, não existiu de fato uma evolução do pensamento jurídico, nem para afastar a possibilidade de ocorrência do segundo conflito, nem para justificá-lo. O lastro político para as ações expansionistas do Estado era tão somente o seu ordenamento jurídico, convenientemente lavrado para este fim. E, para contar com a adesão popular, o regime ditatorial era extremamente confortável. Pois uma ditadura nada mais é um regime político em que o Estado tudo fornece aos seus súditos, desde que adiram às suas ideias. Uma fase da História que Fábio Konder Comparato denominou de "niilismo ético", quando demonstra:

> No desfecho dessa tendência desagregadora da vida social, as experiências totalitárias eliminaram todos os sistemas éticos tradicionais, de regulação da conduta humana. Superada ficou a distinção entre sociedade civil e Estado, porque tudo passou a fazer parte da esfera estatal. Mas o próprio Estado, com isso, transmudou-se num complexo burocrático desmedido e aterrorizador, cuja configuração não encontra paralelo em nenhum lugar do passado.[37]

O cimo desta fase – aviltante e repugnante – pode ser situado com o julgamento dos crimes de guerra após a segunda guerra mundial (ou o conflito de 1939/1945) pelos Tribunais de Nuremberg e de Tókio. A defesa dos acusados de que apenas cumpriram a lei de seus Estados, no primeiro caso, ou acatavam as decisões do imperador japonês, no segundo, não foram suficientes para afastar suas condenações, em alguns casos, à pena de morte.

36 CARVALHO, Platão Eugênio de. *Neocolonialismo*: a expansão imperialista do século XIX. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 11.

37 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

Pois não se aceita mais o exercício do direito e da justiça como a reprodução fática dos códigos e das leis. Jamais o valor do homem deve ser suplantado pelo valor do texto. Devem a justiça, o Direito, a lei, caminhar lado a lado com a moral, a ética, a virtude, a fraternidade. É o momento do pós-positivismo.

A Era dos Direitos e a (re)valorização dos princípios jurídicos

Inspirado em pensadores como Gandhi, Robert Alexy e Ronald Dworkin, vem o pós-positivismo noticiar que, para que a norma seja considerada válida, esta deve soar em consonância com a moral, tanto em se tratando da sua lavra quanto da sua aplicação. Aliás, a moral *deve vir antes do Direito*, pois é norma de conduta que se espera do indivíduo, independentemente de coercibilidade. Nas palavras de Miguel Reale:

> A teoria do mínimo ético consiste em dizer que o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado, obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre. A Moral, em regra, dizem os adeptos desta doutrina, é cumprida de maneira espontânea, mas como as violações são inevitáveis, é indispensável que se impeça, com mais rigor e vigor, a transgressão dos dispositivos que a comunidade considera indispensável à paz mundial.[38]

Em paralelo com estes ideais, juristas como Miguel Reale – com a teoria tridimensional envolvendo fato, valor e norma – e Otto Bachof – com a tese das normas constitucionais inconstitucionais– estruturam cada vez mais o Direito em premissas principiológicas éticas morais. Isto juntamente com a própria evolução das instituições e do pensamento formal e material na elaboração e aplicação das leis alçam o Direito ao patamar de uma verdadeira ciência empírica, com resultados verificáveis e a possibilidade de correção de desvios.

Com efeito, por meio de toda uma construção histórica, ética, valorativa, muitas vezes heroica, outras vezes vergonhosa e espúria, muitas vezes ao custo de milhões de vidas humanas simultaneamente, finalmente experimentamos o que Norberto Bobbio bem elegeu denominar de "*Era dos Direitos*". Não há nação civilizada, não há possibilidade de lide sem que se possa lograr êxito na sua pacificação por meio do Direito.

De fato, ainda existem dezenas de nações, milhares ou milhões de indivíduos sem acesso a justiça e sem sequer conhecer seus direitos. Mas, como visto ao longo deste trabalho, Direito é evolução. É congruência de um pensamento a uma época e a um espaço de que da Justiça se faz carente. Sempre buscando, muito mais do que a resolução dos conflitos e a aplicação da lei, o auxílio na evolução do homem e da sociedade em que vive. O próprio Norberto Bobbio anima-se ao vislumbrar o futuro do Direito:

> Mas não posso negar que uma face clara apareceu de tempos em tempos, ainda que com breve duração. Mesmo hoje, quando o inteiro decurso histórico da humanidade parece ameaçado de morte, há zonas de luz que até o mais convicto dos pessimistas não pode ignorar: a abolição da escravidão, a supressão em muitos países do suplício que outrora acompanhavam a pena de morte e da própria pena de morte. É nessa zona de luz que coloco, em primeiro lugar, juntamente com os movimentos ecológicos e pacifistas, o interesse crescente de movimentos, partidos e governos pela afirmação, reconhecimento e proteção dos direitos do homem.[39]

38 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 42.

39 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 1992, p. 54.

É nesta fase denominada pós-positivista, a partir da segunda metade do Século XX, que os princípios foram deixando de assumir aquela função secundária característica do positivismo, e passaram a significar elementos essenciais da normatividade jurídica (tal como na Antiguidade Clássica), ocupando lugar de destaque nos textos constitucionais. Esta fase, no entendimento de Comparato,[40] corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas deste século. As novas Constituições promulgadas acentuaram a hegemonia axiológica dos princípios, convertendo-os em alicerces normativos sobre os quais assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas postos. Esse reconhecimento dos princípios como normas jurídicas dotadas de imperatividade e irretroatividade (no sentido de retroceder-se em direitos e garantias fundamentais) é entendimento relativamente recente no Direito. Considera-se que os princípios passaram por todos estes diversos estágios (jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo), até alcançar proeminência na doutrina contemporânea.

Como bem defende Canotilho,[41] um dos grandes desafios hodiernos da orla constitucional, notadamente dos países que passaram por situações em que o Estado era de exceção, é manter suas normas e princípios conquistados de modo intocável. A não retroação, o não retrocesso lógico-jurídico das normas positivadas (ou não) se traduz, assim, na impossibilidade da violação dos direitos e garantias essenciais já conquistados, não devendo jamais serem sobrepujados. Trata-se de uma ideia ainda em construção, sequer expressamente positivada, conquanto haja já muitos princípios pelo mundo que falam da irretroatividade das leis (que é diferente do princípio do não retrocesso de direitos), que trata da inaplicabilidade de lei mais gravosa, de quóruns especiais legislativos para reforma de determinadas normas etc.[42]

Neste sentido, já defendi publicamente que abreviar direitos conquistados é inadmissível para o constitucionalista moderno e, mais ainda, para a população, a quem tal conjunto normativo maior é direcionado. É o *princípio do não retrocesso dos direitos e garantias fundamentais*.[43]

Pois que, ao reconhecer a existência de direitos inalienáveis e que devem ser definitivamente respeitados – como é o caso das cláusulas pétreas no direito constitucional pátrio –, o ordenamento jurídico e a sociedade que o conquistou não podem ver os mesmos direitos terem seu poder debilitado, decaindo de sua força normativa. Seria um retrocesso se aceitássemos a involução de qualquer espécie normativa que figure entre os direitos e garantias fundamentais do homem, como a vida digna do início ao seu fim, a inserção social, a saúde, a participação política e tantos outros tão duramente conquistados no curso da História.

Conclusão

Buscamos neste artigo fazer um voo rasante na História da humanidade e das civilizações, de muitos séculos em poucos minutos, sempre atrelados aos fatos e acontecimentos que reverberaram na consubstanciação do Direito que vivemos nos dias de hoje, sem olvidar as instituições e regimes jurídicos que foram relevantes no passado.

40 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 260.

41 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1993.

42 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 260.

43 CARVALHO, Murilo Alves de. O princípio do não retrocesso dos direitos e garantias fundamentais. *In*: SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos; SCOTTI, Guilherme; LOPES FILHO, Juraci Mourão (Coords.). *Direitos e garantias fundamentais III* [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 206-226. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/rojoxn13/yj48z8w0/HPtT4fwJId129OGH.pdf>. Acesso em: 15 maio 2018

A fim de não tornar o trabalho muito extenso, evitamos temas que ainda suscitam uma pacificação doutrinária – como gerações de direitos humanos ou as diversas escolas positivistas. Não foi o objetivo debatê-los, mas sim lembrar o contexto em que surgiram.

Concluímos assentando que, talvez um dia, num futuro longínquo, não precisemos mais do Direito. De leis, de códigos, de tribunais e juízes. Pode ser que, um dia, a virtude seja algo tão intrínseco na natureza humana como são os olhos, os sentidos, a fala. Ao ponto de, ao invés de sancionar um semelhante que nos agride, venhamos antes questioná-lo do motivo de sua ação. Assim como Jesus Cristo que, quando agredido, não revidou, mas ofereceu a outra face, dando mostras de estar a milhares de anos-luz à frente de nós com seu pensamento. É uma utopia, certamente. Mas, por que não?

Enquanto isso não acontecer, cabe ao menos uma reflexão: se estamos a colocar adequadamente em ação nosso patrimônio e equipamentos jurídicos que tanto declamamos como moderno. Legado por pensadores que, por vezes, pagaram suas ideias com o ostracismo, com a perseguição e o preconceito, com o reconhecimento tardio ou, por vezes, com a própria vida. Eram como lavradores do conhecimento, preparando o homem para atender ao seu semelhante de forma cada vez mais virtuosa, ante as dificuldades ainda porvir.

Lembremos, por fim, que ainda existem recantos neste planeta em que o Direito e a justiça não são conhecidos, lugares que merecem nossa especial atenção e atuação. Muitos destes, curiosamente, nos quais o homem deu os seus primeiros passos na terra, conforme retratado na introdução do filme de Stanley Kubrick, citado no princípio de nossa exposição.

Referências

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 1992.

BORRAS, George Agustín Nicolás Ruiz de Santayana y. *A vida da razão*, 1905, v. I.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1993.

CARVALHO, Murilo Alves de. O princípio do não retrocesso dos direitos e garantias fundamentais. *In*: SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos; SCOTTI, Guilherme; LOPES FILHO, Juraci Mourão (Coords.). *Direitos e garantias fundamentais III* [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 206-226.. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/yj48z8w0/HPtT4fwJId129OGH.pdf>. Acesso em: 15 maio 2018.

CARVALHO, Platão Eugênio de. *Neocolonialismo*: a expansão imperialista do século XIX. São Paulo: Brasiliense, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito romano moderno forense*. 4. ed. São Paulo: Forense, 1986.

ELIADE, Mircea. *Mito e realidade*. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2002.

FINLEY, Moses. *O legado da Grécia* - uma nova avaliação. Brasília: UnB, 1998.

FÓRMICO, Marcela Regina. *A arena da ilusão*: a representação do gladiador dentro da linguagem cinematográfica - Spartacus (Stanley Kubrick, 1960) e Gladiador (Ridley Scott, 2000). Disponível em: <http://www.unicamp.br/chaa/eha/atas/2008/FORMICO,%20Marcela%20Regina%20-%20IVEHA.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2018.

GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma*. São Paulo: Vozes, 1972.

GONZÁLEZ, Justo L. *E até aos confins da Terra: uma história ilustrada do cristianismo,* São Paulo: Vida Nova, 1995. v. 4.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUCCA, Newton De. *Da ética geral à ética empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MITOLOGIA. São Paulo: Abril Cultural, 1973. v. III.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOSSO SÉCULO – 1900/1910. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

PAINE, Thomas. *Os direitos do homem*. São Paulo: Vozes, 1988.

PEREIRA, Aloysio Ferraz. *História da filosofia do direito:* das origens a Aristóteles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 1 e 2.

_____ . *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1998.



Jurisprudência

Direito Administrativo



APELAÇÃO CÍVEL
0000846-02.2003.4.03.6108
(2003.61.08.000846-1)

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelado: ARACELES VISCAINO DE BARROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BAURU - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: Ap 1350391
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/04/2018

EMENTA

CAUTELAR. SERVIDOR. PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. EXCLUSÃO DA PARTE AUTORA APÓS FALECIMENTO DO MARIDO (SERVIDOR APOSENTADO). "FUMUS BONI IURIS" E "PERICULUM IN MORA" DEMONSTRADOS.
- Alegação da União de ausência de interesse processual superveniente rejeitada.
- Lei 8.112/90 que assegura assistência à saúde ao servidor e sua família, estabelecendo que será prestada pelo SUS ou diretamente pelo órgão ao qual estiver vinculado o servidor ou, ainda, mediante convênio/contrato.
- Ato de exclusão da parte autora de programa de assistência à saúde após o óbito do marido, servidor aposentado da Rede Ferroviária Federal, que caracteriza violação ao disposto no artigo 230 da Lei 8.112/90. Precedentes do STJ.
- Caso em que comprovado que a parte autora realizou tratamento cirúrgico, quimioterapia e radioterapia e que encontra-se em acompanhamento com exames clínicos e complementares periódicos.
- Hipótese de preenchimento dos requisitos legais do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.
- Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 10 de abril de 2018.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

Trata-se de medida cautelar apresentada por Araceles Viscaíno de Barros contra o Ministério dos Transportes, a União e a UNIMED-Brasília-Cooperativa de Trabalho Médico, objetivando "o restabelecimento do atendimento à Requerente pelas Requeridas, nos termos

do convênio coletivo existente" após exclusão em decorrência do óbito do marido que era funcionário aposentado da Rede Ferroviária Federal.

Às fls. 44/45 foi deferido o pedido de liminar "para determinar às rés o imediato restabelecimento do atendimento médico à parte autora nos termos do contrato de fls. 16/28".

À fl. 65 foi determinada a exclusão do Ministério dos Transportes "pois pertence à administração direta da União, que é quem tem poderes para figurar no pólo passivo da demanda".

Foi proferida sentença às fls. 395/400, julgando parcialmente procedente o pedido e condenando as rés ao pagamento de honorários advocatícios no montante de cem reais cada.

Recorre a União com alegações de que "o contrato entre o Ministério dos Transportes e a Unimed Brasília não existe mais, tendo sido rescindido pelas partes, conforme comprovam os documentos juntados pela própria co-Requerida Unimed Brasília em sua manifestação de fls. 191/197 e também noticiado pela Unimed Bauru (fls. 160/162), da cautelar em apenso. A rescisão do referido contrato tem efeito direto e imediato no deslinde desta demanda, na medida em que acarreta a perda superveniente do interesse processual" e que "a hipótese era de extinção do feito, sem resolução do mérito", também aduzindo que "a exclusão da Requerente não foi feita de maneira arbitrária e ilegal. Ao contrário, a Administração nada mais fez do que, atentando para o Princípio da Legalidade, aplicar as normativas pertinentes, sempre com o caráter da impessoalidade. De fato, segundo os termos do contrato entabulado entre a União, por intermédio do Ministério dos Transportes, e a Unimed Brasília - Cooperativa de Trabalho Médico os serviços de assistência médica haveriam de ser prestados, nos termos da cláusula primeira, '... aos servidores do Ministério dos Transportes, ativos e aposentados, e seus dependentes, em todo o Território Nacional...'", que "o parágrafo único da mesma cláusula primeira ainda determina que o contrato deverá observar as disposições contidas no processo nº 5000.002094/2001-19" e que "foi com base nas normas de regência que a Administração, em estrita observância aos princípios do pacta sunt servanda e da legalidade, promoveu a exclusão da Requerente tão logo teve conhecimento do óbito do seu marido, titular do convênio", ainda sustentando que "a lei invocada não é dirigida à União, pois já no art. 1º fica claro e nítido que a ela (Lei nº 9.656/98) se submetem as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde" e, assim, o vínculo "estabelecer-se-ia diretamente entre o beneficiário e prestador de serviços, sem qualquer participação do órgão público", também alegando que ainda que admitida a possibilidade de aplicação da referida lei "não há nada no dispositivo suso que possa levar à conclusão de ser obrigatória a manutenção de dependente no convênio em caso de morte do titular, estando apenas assegurado o direito à obtenção de cópia do contrato" (fls. 407/415).

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

Trata-se de medida cautelar apresentada com vistas ao restabelecimento da parte autora em programa de assistência à saúde após exclusão em virtude do óbito de seu marido, que era funcionário aposentado da Rede Ferroviária Federal, narrando a autora na inicial que, em meados de maio de 2001, o Ministério dos Transportes encaminhou proposta de adesão a plano de assistência médica por eles oferecido (UNIMED - Brasília), a qual foi aceita, também

aduzindo que seu marido faleceu em 08/11/2002 e que posteriormente recebeu correspondência do Ministério dos Transportes comunicando o encerramento do programa de assistência à saúde, ainda afirmando que submeteu-se a quimioterapia e necessita continuar realizando tratamento médico.

Ao início, rejeito a pretensão da União de extinção do feito sem resolução do mérito por ausência de interesse processual superveniente. Fato é que por ocasião do óbito do servidor o contrato com a corré UNIMED - Brasília estava em vigor e, além disso, a Portaria nº 11, de 29 de abril de 2003, do Ministério dos Transportes (fl. 79 dos autos apensados), ao estabelecer a não renovação do contrato com a UNIMED-Brasília (artigo 1º), determinou "à Coordenação-Geral de Recursos Humanos a promoção de estudos de alternativas para viabilização de plano de assistência à saúde dos servidores ativos, inativos e respectivos dependentes e pensionistas vinculados ao quadro funcional deste Ministério" (artigo 3º), de modo que as alegações versando sobre novo contrato firmado com outra empresa absolutamente não infirmam a existência de interesse da parte autora no alegado direito à continuidade no programa de assistência à saúde.

Também fica prontamente rejeitada a alegação de que o vínculo da relação jurídica cinge-se ao beneficiário e prestador de serviços, sem qualquer participação do órgão público.

Uma primeira consideração a ser feita é que a Lei 8.112/90 assegura assistência à saúde ao servidor e sua família, estabelecendo que será prestada pelo SUS ou diretamente pelo órgão ao qual estiver vinculado o servidor ou, ainda, mediante convênio/contrato, nos termos dos artigos 184 e 230, na redação vigente à época da celebração do contrato e do óbito do servidor, "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.
>
> Art. 230. A assistência à saúde do servidor, ativo ou inativo, e de sua família, compreende assistência médica, hospitalar, odontológica, psicológica e farmacêutica, prestada pelo Sistema Único de Saúde - SUS ou diretamente pelo órgão ou entidade ao qual estiver vinculado o servidor, ou, ainda, mediante convênio ou contrato, na forma estabelecida em regulamento.

Ademais, o que se observa do compulsar dos autos é que foi o próprio Ministério dos Transportes que encaminhou carta circular aos servidores aposentados comunicando que "mediante contratação, a partir de maio de 2001, o nosso Programa de Assistência à Saúde/MT, será administrado pela UNIMED Brasília, Cooperativa de Trabalho Médico, com prestação de serviços por meio de redes própria e/ou credenciadas, em todo o território nacional" (fl. 11), assim como enviou carta dirigida à parte autora informando que "de acordo com o Contrato nº 017/2001-MT, firmado entre o Ministério dos Transportes e a UNIMED/Brasília - Cooperativa de Trabalho Médico, o programa de Assistência à Saúde é extensivo somente aos servidores ativos, aposentados e seus dependentes, se o Aposentado vem a falecer, o plano é cancelado na data da informação do óbito" (fl. 36), assim patenteando-se a atuação direta do Ministério dos Transportes nos assuntos atinentes à aplicação do contrato perante a parte autora.

Passando à questão da legalidade ou não do ato de exclusão da parte autora do programa de assistência à saúde após o óbito do marido servidor aposentado, anoto que a jurisprudência

do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a hipótese caracteriza violação ao disposto no artigo 230 da Lei 8.112/90, a exemplo dos seguintes julgados:

> MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. MINISTRO DO ESTADO DOS TRANSPORTES. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. PORTARIA Nº 54/92. *PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA MÉDICA NÃO-EXTENSIVO AOS INATIVOS E PENSIONISTAS. ILEGALIDADE*. PRECEDENTES.
> 1. O Ministro de Estado dos Transportes tem legitimidade para figurar no pólo passivo de mandado de segurança impetrado por pensionistas de ex-servidores do Ministério dos Transportes contra ato da lavra da referida autoridade.
> *2. Assegurado aos servidores em atividade e aos inativos o direito à assistência a sua saúde e de sua família, eventual exclusão, por Portaria Ministerial, de participação de pensionistas em programa de assistência médica implica em violação da Lei dos Servidores Públicos (art. 230) bem como em ofensa ao princípio constitucional da isonomia.*
> 3. Segurança concedida.
> (MS 7.083/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/02/2007, DJ 26/03/2007, p. 189)

> ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS INATIVOS. DIREITO À ASSISTÊNCIA MÉDICA. EXCLUSÃO DOS PLANOS DE SAÚDE DOS SERVIDORES ATIVOS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. EXISTÊNCIA.
> *- O artigo 230, da Lei nº 8.112/90 assegura aos servidores públicos ativos e inativos a prestação de serviços de assistência à saúde por meio de sistema de convênio, cujo atendimento deve fundar-se nos princípios de universalidade, uniformidade e seletividade.*
> *- A participação em programa de saúde que beneficiou os servidores ativos do quadro funcional do Ministério dos Transportes deve ser estendido aos inativos e pensionistas, mediante desconto de participação.*
> - Segurança concedida.
> (MS 4.570/DF, Rel. Ministro VICENTE LEAL, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/1999, DJ 03/05/1999, p. 92)

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - PROVENTOS - QUINTOS INCORPORADOS - REAJUSTE NOS TERMOS DA LEI Nº 9.030/95 - ART. 40, § 4º, CF/88.
> *1. Os benefícios do programa de convênio médico implementado no âmbito do Ministério dos Transportes para os servidores ativos, devem ser estendidos, também, aos servidores inativos, a par de uma interpretação teleológica dos arts. 40, § 4º, da Constituição Federal, bem assim, do art. 230, da Lei nº 8.112/90, na medida em que os servidores aposentados e pensionistas devem ser estendidos os benefícios e vantagens - quaisquer que sejam a sua natureza - concedidos aos servidores em atividade*, uma vez que a concessão de um plano de saúde mostra-se passível de ser aferida monetariamente, vindo a representar, de conseguinte, um ganho patrimonial para seus beneficiários, traduzindo um verdadeiro aumento na contraprestação a que fazem jus pelos serviços prestados à União, mormente nos dias atuais, em que a remuneração dessa parcela de trabalhadores vem sofrendo uma crescente perda em seu poder aquisitivo.
> 2. Segurança concedida.
> (MS 4.572/DF, Rel. Ministro ANSELMO SANTIAGO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/1998, DJ 01/02/1999, p. 101)

Também cabe o destaque do Decreto nº 2.383/97, que dispõe sobre a concessão, no âmbito do Poder Executivo, dos benefícios com assistência à saúde dos servidores, bem como de seus dependentes, assim estabelecendo em seu artigo 4º:

> Fica autorizada a inclusão de pensionistas vinculados aos órgãos e entidades, abrangidos por este Decreto, nos respectivos planos de assistência à saúde, desde que integralmente custeado pelo beneficiário.

Destarte, no quadro que se apresenta nos autos depara-se devidamente demonstrado o *fumus boni iuris*, assim como o *periculum in mora* em razão da comprovada circunstância de que a parte autora "é portadora de CID C90.2, realizou tratamento cirúrgico em 19/01/2001, quimioterapia e radioterapia. Encontra-se em acompanhamento com exames clínicos e complementares periódicos", conforme relatório médico de fl. 37.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0000619-51.2008.4.03.6103
(2008.61.03.000619-3)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: VALDIRENE APARECIDA DA SILVA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Classe do Processo: Ap 1478815
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/04/2018

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSS. EXTRAVIO DE CTPS EM AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DANOS MORAIS. CABIMENTO. CONSECTÁRIOS LEGAIS. APELAÇÃO DESPROVIDA.
1. A autora pleiteia reparação por danos morais devido ao extravio de sua CTPS na Agência da Previdência Social de São José dos Campos.
2. Segundo o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, a responsabilidade do INSS é objetiva, sendo necessária a comprovação de conduta estatal lesiva, dano e nexo de causalidade, os quais estão presentes na hipótese dos autos.
3. Por ocasião do requerimento de benefício previdenciário, a autora entregou diversos documentos à servidora autárquica responsável pelo seu atendimento. No entanto, ao retornar à APS com intuito de reavê-los, a autora recebeu a informação de que sua carteira de trabalho não estava local.
4. Após um ano e dois meses de extravio, período em que a autora formulou reclamação perante a Ouvidoria Geral da Previdência Social e compareceu à Delegacia de Polícia Federal para lavratura de Boletim de Ocorrência, foi que o INSS procedeu à devolução do documento à segurada.
5. Ao não ter procedido com a cautela necessária que se espera de um órgão público, a autarquia ré acabou ocasionando danos de ordem moral à autora, que não pode ser prejudicada por falhas na prestação do serviço público, ainda mais quando não deu causa a elas.
6. Para que se configure o dano e o consequente dever de indenizar, há situações em que é prescindível a prova do efetivo prejuízo que, implícito na própria ofensa em si (*damnum in re ipsa*), decorre da ilicitude e natureza do ato.
7. O dano, *in casu*, se mostra evidente, pois o extravio de documento que se revela de suma importância para qualquer trabalhador, obrigatório para o exercício de qualquer emprego e que contém toda a vida laboral da pessoa, causa prejuízo moral por si só.
8. Neste ponto da análise, a conclusão possível é a de que, atento às circunstâncias fáticas do caso concreto, é adequado manter a indenização em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), montante razoável e proporcional aos danos suportados pela autora, sem gerar enriquecimento ilícito em detrimento do Poder Público.
9. Segundo a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, a correção monetária e os juros de mora, enquanto consectários legais da condenação principal possuem natureza de ordem pública e, por isso, podem ser analisados até mesmo de ofício.

10. 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.
11. 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".
12. Os juros de mora deverão incidir a partir da citação e a correção monetária a partir da data do arbitramento.
13. Precedentes.
14. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de abril de 2018.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo *Instituto Nacional do Seguro Social - INSS* nos autos da ação ajuizada por *Valdirene Aparecida da Silva*, objetivando a reparação por dano moral em razão do extravio de sua CTPS.

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido e condenou o réu a pagar à autora uma indenização no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), a ser corrigido até o efetivo pagamento de acordo com os critérios do Manual de Cálculos da Justiça Federal, e acrescido de juros de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação. O réu também foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação (f. 143-145).

O INSS apelou, sustentando, em síntese, que:

a) além de não demonstrar qualquer dano concreto em razão da perda de sua carteira de trabalho, a autora não foi capaz de atribuir o fato ao apelante, pois não fez qualquer prova no sentido de que o documento foi retido na APS em que havia requerido o benefício de auxílio-doença, visto que, em caso de retenção de documentos, os servidores autárquicos entregam ao segurado um termo por escrito para fins de posterior devolução;

b) há possibilidade de que a autora tenha esquecido ou perdido sua CTPS nas dependências do apelante, porquanto várias buscas foram realizadas no local e nada foi encontrado por um longo período de tempo;

c) os fatos narrados configuram mero dissabor ou aborrecimento, mas não dano indenizável, de modo que a r. sentença deve ser reformada e o pedido inicial julgado improcedente.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

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

A autora gozou do benefício de auxílio-doença no período de 05.09.2006 a 24.09.2006. Por ocasião do requerimento administrativo, entregou diversos documentos, inclusive sua CTPS. Com o término do benefício, a autora retornou à APS de São José dos Campos para reaver os documentos, contudo, foi informada de que sua carteira de trabalho não estava no local.

Inconformada com a situação, a autora formulou uma reclamação perante a Ouvidoria Geral da Previdência Social, no entanto, não obteve uma resposta satisfatória. Então, compareceu à Delegacia de Polícia Federal, onde foi lavrado o Boletim de Ocorrência nº 7880/2006 (f. 27). Somente após o recebimento de ofício expedido pela autoridade policial solicitando informações acerca da apuração interna do ocorrido foi que os servidores autárquicos procederam a novas buscas no local e encontraram a CTPS da autora, devolvendo-a depois de um ano e dois meses de extravio.

Segundo o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, a responsabilidade do INSS é objetiva, ou seja, independe de culpa, sendo necessária, porém, a presença dos seguintes requisitos: conduta (ação/omissão administrativa), dano e nexo de causalidade, os quais restaram devidamente demonstrados nos autos.

Muito embora o réu alegue que a autora não apresentou o termo de entrega de documento, a CTPS em questão foi encontrada nas dependências da APS de São José dos Campos, demonstrando que o extravio do documento ocorreu internamente.

Nos termos do artigo 1º da Lei nº 5.553/68, a nenhuma pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, é lícito reter qualquer documento de identificação pessoal, inclusive carteira de trabalho, fato que inclusive constitui contravenção penal, punível com pena de prisão ou multa.

A CTPS é documento obrigatório para toda pessoa que venha a prestar algum tipo de serviço a outra (como empregado) e não pode ficar retida, nem mesmo pelo empregador, que dispõe do prazo de 48 (quarenta e oito) horas para realizar as anotações devidas e devolvê-la ao empregado.

Ao não ter procedido com a cautela necessária que se espera de um órgão público, a autarquia ré acabou ocasionando danos de ordem moral à autora, que não pode ser prejudicada por falhas na prestação do serviço público, ainda mais quando não deu causa a elas.

No caso em apreço, a devolução do citado documento só foi efetivada após um ano e dois meses.

Para que se configure o dano e o consequente dever de indenizar, há situações em que

é prescindível a prova do efetivo prejuízo que, implícito na própria ofensa em si (*damnum in re ipsa*), decorre da ilicitude e natureza do ato.

Na hipótese dos autos, o dano se mostra evidente, pois o extravio de documento que se revela de suma importância para qualquer trabalhador, obrigatório para o exercício de qualquer emprego e que contém toda a vida laboral da pessoa, causa prejuízo moral por si só.

A corroborar o entendimento acima esposado colho os seguintes precedentes desta Corte Regional:

> RESPONSABILIDADE CIVIL - INSS - EXTRAVIO DA CARTEIRA PROFISIONAL DE TRABALHO E PREVIDÊNCIA - DANO MORAL CARACTERIZADO - FIXAÇÃO DO *QUANTUM*. SÚMULAS 54 E 362 DO STJ.
> 1 - Trata-se de apelação interposta pelo autor contra a sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por dano moral, condenando o autor em honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa, com suspensão da exigibilidade, por litigar a parte autora sob o pálio da assistência judiciária gratuita.
> 2 - Caso de extravio de documentos que configura responsabilidade objetiva, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, nascendo, assim, o dever de indenizar.
> 3 - *O dano moral se mostra evidente, pois se trata de extravio de CTPS, documento que se revela de suma importância para qualquer trabalhador, obrigatório para o exercício de qualquer emprego e que contém o registro de toda uma vida de trabalho nos registros de seus contratos. Ademais, revela-se indispensável para fazer prova de requisitos que ensejam a fruição de direitos trabalhistas e previdenciários. Portanto, o extravio causa sim prejuízo moral por si só, constituindo ato ilícito passível de reparação, porquanto estes são de natureza in re ipsa, ou seja, decorrem da própria ilicitude e natureza do ato.*
> 4 - Demonstrado nos autos o ato causador do dano, evidenciado no extravio dos documentos do apelante, o nexo causal decorrente dessa conduta que gerou o dano moral experimentado, consistente na situação vexatória e de insegurança sofrida com o extravio e os transtornos daí advindos surgindo a obrigação de reparar o dano dele decorrente.
> 5 - *A indenização deve ser fixada em valor tal que, de um lado, represente cobro e desencoraje a conduta violadora de direito, e, de outro lado, não represente enriquecimento sem causa da parte indenizada. Com esse norte, fixo em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) o valor da indenização*, que será corrigido desde a data do arbitramento, incidindo juros desde a data do evento danoso.
> 6 - Precedentes e Súmulas do Superior Tribunal de Justiça.
> 7 - Apelação provida, para reformar a sentença.
> (AC 00051242120044036105, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/03/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

> ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO INSS. EXTRAVIO DA CARTEIRA DE TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL. DANO MORAL E MATERIAL CONFIGURADO. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA.
> - O art. 37, §6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade do Estado de indenizar os danos causados por atos, omissivos ou comissivos, praticados pelos seus agentes a terceiros, independentemente de dolo ou culpa.
> - O apelado pleiteou a revisão de seu benefício de aposentadoria. Para tanto, o INSS pediu-lhe a entrega de todas as suas CTPS. Todavia, alegando reformas internas e mudanças de arquivo, a autarquia previdenciária extraviou o referido documento.
> - *O dano moral se mostra evidente, pois se trata de extravio de CTPS, documento que se revela de suma importância para qualquer trabalhador, obrigatório para o exercício de qualquer emprego e que contém o registro de toda uma vida de trabalho nos registros de seus contratos. Ademais, considerando que na falta da CTPS, o apelado terá que se submeter*

à burocracia já conhecida no INSS para comprovar os vínculos trabalhistas.
- Com relação ao valor da indenização, embora certo que a condenação por dano moral não deve ser fixada em valor excessivo, gerando enriquecimento sem causa, não pode, entretanto, ser arbitrada em valor irrisório, incapaz de propiciar reparação do dano sofrido e de inibir o causador do dano a futuras práticas da mesma espécie. Na hipótese, em razão das circunstâncias constantes nos autos, a r. sentença fixou com moderação a indenização a titulo de danos morais.
- Por outro lado, quanto ao dano material, o INSS deve ressarcir apenas as despesas que o apelado irá desembolsar para fins de requerer nova CTPS, não se vislumbrando outros danos materiais suscetíveis de reparação.
- Juros moratórios, a contar da data do evento danoso (Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça), e correção monetária, a partir da presente data (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça), a serem calculados de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal.
- Apelo parcialmente provido.
(AC 00054339520124036126, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/06/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

Neste ponto da análise, a conclusão possível é a de que, atento às circunstâncias fáticas do caso concreto, é adequado manter a indenização em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), montante razoável e proporcional aos danos suportados pela autora, sem gerar enriquecimento ilícito em detrimento do Poder Público.

Segundo a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, a correção monetária e os juros de mora, enquanto consectários legais da condenação principal possuem natureza de ordem pública e, por isso, podem ser analisados até mesmo de ofício.

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".

Sendo assim, no caso em apreço, os juros de mora devem incidir a partir da citação e a correção monetária a partir do arbitramento, com base nos índices acima mencionados.

No mais, a r. sentença há de ser mantida tal como lançada.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* à apelação, e, *DE OFÍCIO*, determino a aplicação dos consectários legais de acordo com a fundamentação *supra*.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0001123-66.2008.4.03.6003
(2008.60.03.001123-0)

Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA E GESSY DE SOUZA PEDRO
Apelados: APOENA PASSOTI PEDRO E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE TRÊS LAGOAS - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS
Classe do Processo: Ap 1935821
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/04/2018

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. INDENIZAÇÃO PELA TERRA NUA E PELAS BENFEITORIAS. ACOLHIDO O VALOR APONTADO PELO PERITO JUDICIAL REFERENTE AO PREÇO DE MERCADO DO IMÓVEL À ÉPOCA DA REZALIAÇÃO DA PERÍCIA. ALTERAÇÃO DO TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 15-B DO DECRETO-LEI 3.365/41. PRINCÍPIO *TEMPUS REGIT ACTUM*. REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O direito à propriedade é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXII, e consiste no direito de usar, fruir e dispor de bem móvel ou imóvel, sendo oponível erga omnes. A legitimação de tal direito decorre da finalidade da propriedade, devendo esta, portanto, atender a sua função social (inciso XXIII do artigo 5º supra).

2. No tocante à propriedade rural, a função social é cumprida quando há observância simultânea dos requisitos dispostos nos incisos de I a IV do artigo 186 da Carta Magna, quais sejam: aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

3. Havendo o descumprimento de tais requisitos e sendo o imóvel rural de grande extensão, compete à União desapropriá-lo por interesse social, para fins de reforma agrária, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, ou, no caso de benfeitorias úteis e necessárias, em dinheiro.

4. A indenização prévia e justa é um direito fundamental do particular, consagrado no artigo 5º, XXIV, da Carta Magna. A Lei nº 8.629/93, que regulamenta os dispositivos constitucionais sobre a Reforma Agrária, define "justa indenização" como aquela que reflete o preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade, devendo ser calculada na forma estabelecida em seu artigo 12.

5. No caso dos autos, o INCRA ajuizou ação de desapropriação em relação ao imóvel rural "Fazenda Arapuá", situado no município de Três Lagoas/MS, com base no Decreto Presidencial de 23/01/2008, ofertando como indenização aos expropriados a quantia total de R$ 5.916.245,97, sendo R$ 5.563.183,81 pela terra nua e R$ 353.062,16 pelas benfeitorias. Aduziu, ainda, que o imóvel em questão estava registrado no Cartório

de Registro de Imóveis com área de 1.456,9601 ha, porém, após a devida vistoria, foi apurada a área de 1.447,9968 ha.
6. O réu, em Contestação, alegou que a área total do imóvel corresponde àquela registrada no Cartório e discordou do valor ofertado pela autarquia à título de indenização, razão pela qual requereu a realização de perícia técnica para dirimir tais questões.
7. Houve a realização de perícia judicial, sendo acolhido na r. sentença o montante apresentado no laudo do perito, com base no valor de mercado do imóvel na data da perícia (2011), nos termos do art. 26 do Decreto-Lei 3.365/1941 e art. 12, § 2º, da LC 76/1993.
8. Neste contexto, cumpre asseverar que o laudo pericial foi elaborado por profissional da confiança do Juízo e equidistante das partes, restando, assim, resguardada a imparcialidade de seu trabalho. Ademais, o acolhimento do valor da indenização apurado pelo perito foi minuciosamente fundamentado na r. sentença.
9. No mais, de acordo com a LC nº 76/1993, se após a apresentação da Contestação não houver concordância entre as partes quanto ao valor da indenização, o juiz determinará a realização de prova pericial para averiguar o valor da justa indenização devida pelo expropriante. O montante da indenização, a ser estabelecido em sentença, deverá corresponder ao valor apurado na data da perícia, ou ao consignado pelo juiz, corrigido monetariamente até a data de seu efetivo pagamento (§ 2º do artigo 12 da LC nº 76/93).
10. Ressalte-se que a redação do artigo 26 do Decreto-Lei nº 3.365/41, no sentido de que o valor da indenização será contemporâneo à avaliação, deve ser interpretada de maneira ampla, em conjunto com o que dispõe o artigo 12 supra, extraindo-se, assim, que a "avaliação" a que se refere se trata, na verdade, do laudo adotado pelo juiz para a fixação do justo preço, e não da avaliação administrativa. Tal entendimento é esposado pelo C. Superior Tribunal de Justiça. Precedente.
11. Ainda que assim não fosse, o MM. Juiz *a quo*, ao acolher o valor do imóvel na data da perícia, assinalou que "considerando que tanto os valores apurados no procedimento administrativo preliminar quanto os estimados para a época da imissão da posse, com lastro na projeção de evolução monetária em relação aos valores veiculados em norma tributária municipal, não retratam com fidelidade as condições necessárias à apuração do real valor do imóvel expropriando àquela época, deve prevalecer o valor apurado na data da perícia (2011), de modo a atender a concepção de justa indenização, nos termos do artigo 12, § 2º, da LC 76/93".
12. Irreparável, portanto, a r. sentença ao adotar como valor da indenização a quantia apontada no laudo do perito judicial, qual seja, R$ 6.719.886,18 (seis milhões, setecentos e dezenove mil, oitocentos e oitenta e seis reais e dezoito centavos), que reflete o preço de mercado do imóvel à época da perícia do Juízo (2011).
13. Em relação à correção monetária, não deve ser conhecido o pleito do INCRA, posto que não se coaduna com o decidido em sentença. Isso porque a autarquia requer o afastamento de sua condenação ao pagamento de correção monetária, sob o argumento de que os TDA já possuem índice de correção próprio determinado em lei, todavia, a determinação na r. sentença de incidência de correção monetária nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal se refere apenas ao pagamento, em dinheiro, da diferença entre o valor estabelecido para as benfeitorias (R$ 850.129,87) e aquele já depositado *initio litis*. Já em relação à indenização pela terra nua, foi determinado o pagamento da diferença entre o valor ora arbitrado (R$ 5.869.756,31) e o incialmente

ofertado, mediante a emissão de TDA complementares, com a mesma remuneração, vencimentos e prazos de resgate dos constantes da oferta inicial.
14. No tocante aos juros de mora, cumpre asseverar que o artigo 15-B do Decreto-Lei nº 3.365/41, aplicável às ações de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, dispõe que "os juros moratórios destinam-se a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de mérito, e somente serão devidos à razão de até seis por cento ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição".
15. Desta feita, observado o referido parâmetro, "à razão de até seis por cento ao ano", cabe ao magistrado, utilizando-se de sua discricionariedade, fixar o patamar de incidência que melhor atenda à situação do caso concreto, visando à recomposição da perda advinda de possível atraso no pagamento por parte do expropriante. Na situação dos autos, a r. sentença encontra-se minuciosamente fundamentada, de modo que a fixação do patamar de incidência de juros de mora em 6% a.a. está em sintonia com os demais termos do decisum e coerente com os termos legais.
16. Todavia, deve ser acolhida a pretensão do apelante no que se refere ao termo inicial de incidência dos juros moratórios. Isso porque a r. sentença determinou a sua incidência "a partir do primeiro dia do ano subsequente àquele em que transitar em julgado a presente decisão". Ocorre que, tendo a sentença sido prolatada em junho/2013, à luz do princípio *tempus regit actum*, deve ser aplicada ao caso a regra do artigo 15-B do Decreto-Lei nº 3.365/41 supra, incluído pela MP nº 2.183-56/2001, que determina a incidência de juros de mora "a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição".
17. Da mesma forma, os honorários sucumbenciais devem ser fixados em conformidade com a lei vigente à época da prolação da sentença, de modo que incabível no presente caso a aplicação do artigo 19, § 1º, da LC nº 76/93, devendo ser observada a regra disposta no art. 27, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365/41, com redação dada pela MP nº 1.997-37/2000, posteriormente reeditada para a MP nº 2.183-56/2001. Com efeito, quando a sentença fixar indenização em valor superior ao preço inicialmente oferecido, o desapropriante será condenado a pagar honorários advocatícios no patamar de meio a cinco por cento do valor da diferença. Ademais, a fixação do percentual correto se dará com base nos critérios dispostos no § 4º do artigo 20 do CPC/1973.
18. Assim, considerando que o caso dos autos não revela complexidade acima do normal, a verba honorária deve ser reduzida para 3% (três por cento) da diferença entre o valor da indenização fixada na r. sentença e da oferta inicial.
19. Por fim, em relação aos honorários periciais, ressalte-se que, muito embora o juiz não esteja vinculado ao *quantum* apurado no laudo pericial, extrai-se da leitura dos artigos 6º, II, 9º, § 1º, e 10, § 1º, todos da LC nº 76/93 a imprescindibilidade da realização da perícia, quando o expropriado contesta a oferta do expropriante. Ademais, de acordo com o artigo 19 da mesma lei, o honorário do perito constitui encargo do sucumbente, assim entendido o expropriado, se o valor da indenização for igual ou inferior ao preço oferecido, ou o expropriante, na hipótese de valor superior ao preço oferecido.
20. No caso dos autos, sendo o apelante sucumbente, deve ser mantida a sua condenação ao pagamento dos honorários periciais, nos termos da r. sentença.
21. Apelação a que se dá parcial provimento.

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, dar parcial provimento à apelação do INCRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de abril de 2018.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, contra a r. sentença que julgou parcialmente procedente a ação de desapropriação, nos termos do artigo 269, inciso I, do CPC/1973, para determinar a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária do imóvel "Fazenda Arapuá", mediante pagamento de indenização no valor de R$ 6.719.886,18 (seis milhões, setecentos e dezenove mil, oitocentos e oitenta e seis reais e dezoito centavos) aos expropriados, a ser efetuado da seguinte forma:

a) R$ 850.129,87 relativos às benfeitorias, devendo o INCRA efetuar o pagamento em dinheiro da diferença entre o referido valor e o montante depositado *initio litis*, com correção monetária nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal (Resolução CJF nº 134/2010), e juros compensatórios, desde a data da imissão na posse (18/12/2008), não capitalizáveis, à taxa de 12% a.a., nos termos da Súmula 408 do STJ, a incidir sobre a diferença do valor das benfeitorias ora arbitrado e de 80% valor depositado pelo INCRA *initio litis*, até a data do efetivo pagamento;

b) R$ 5.869.756,31 referentes à terra nua, cabendo ao INCRA efetuar o pagamento da diferença entre o valor ora arbitrado e o incialmente ofertado mediante a emissão de TDA complementares, com a mesma remuneração, vencimentos e prazos de resgate dos constantes da oferta inicial.

Para o caso de mora do expropriante, foram fixados juros moratórios à razão de 6% a.a., não capitalizáveis, incidentes a partir do primeiro dia do ano subsequente àquele em que transitar em julgado a demanda. Houve, ainda, a condenação do INCRA ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% da diferença devida, nos termos do artigo 19, § 1º, da LC nº 76/93, bem como ao pagamento de honorários periciais.

A ação de desapropriação foi ajuizada em face do Espólio de Lúcio Pedro, representado por Gessy de Souza Pedro, com suporte no Decreto Presidencial de 23/01/2008, que declarou de interesse social para fins de reforma agrária o imóvel rural Fazenda Arapuá, localizado no município de Três Lagoas/MS. A título de indenização, foi ofertada pelo INCRA a quantia total de R$ 5.916.245,97, sendo R$ 5.563.183,81 relativa à terra nua e R$ 353.062,16 às benfeitorias. Aduziu, ainda, que o imóvel em questão estava registrado no Cartório de Registro de Imóveis com área de 1.456,9601 ha, porém, após a devida vistoria, foi apurada a área de 1.447,9968 ha.

Junto à inicial, foram acostados os laudos de vistoria e de avaliação (fls. 32/115), bem como os comprovantes do depósito dos valores ofertados (fls. 150/162).

Ato contínuo, houve a expedição de Mandado de Imissão na Posse em favor do INCRA

(fl. 199).

Devidamente citado, o réu apresentou Contestação (fls. 316/334), alegando, em síntese, que a área total do imóvel corresponde àquela registrada no Cartório, bem como que o valor da indenização oferecida pelo INCRA não se coaduna com o real preço de mercado do imóvel, que não é inferior à R$ 17.632.772,19. Requereu a realização de perícia judicial para aferir as reais dimensões do imóvel e o seu valor de mercado.

Nas fls. 353/369, o Ministério Público Federal se manifestou, requerendo, entre outras providências, a realização de perícia judicial de vistoria e avaliação do imóvel em questão.

Acostou-se aos autos Termo de Audiência (fl. 381/382), no qual restou consignado a ausência de conciliação entre as partes, em razão da ausência de perícia.

Foi deferida a inclusão dos herdeiros do réu como assistentes litisconsorciais (fl. 462). Na fl. 469, o MM. Juiz *a quo* se declarou suspeito, nos termos do artigo 135 do CPC/1973, passando a atuar no feito a MM. Juíza Federal Substituta da 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS (fl. 485).

Foi deferida a produção de prova oral e pericial, bem como foi nomeado perito do Juízo para tal mister (fls. 486/488).

Acostaram-se aos autos o laudo da perícia judicial (fls. 789/864), os pareceres dos assistentes técnicos do réu (fls. 875/896) e do INCRA (fls. 930/937). As partes se manifestaram em relação ao laudo da perícia judicial (fls. 901/907 e 927/929).

Ante a informação da 1ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas/MS de que houve a conclusão dos autos de Sobrepartilha, foi determinada a exclusão do Espólio de Lúcio Pedro e dos assistentes litisconsorciais do polo passivo e a inclusão dos herdeiros Gessy de Souza Pedro, Rosa Maria Pedro Geribello, Melani Passotti Pedro, Pery Passoti Pedro, Apoena Passoti Pedro, Raoni Pedro no feito (fl. 967).

Instado a se manifestar sobre o laudo pericial, o Ministério Público Federal opinou pelo acolhimento do valor ofertado pelo INCRA (fls. 976/978v).

Sobreveio sentença julgando parcialmente procedente a demanda (fls. 990/995v), nos termos acima mencionados.

Irresignado, apela o INCRA (fls. 1007/1021, requerendo a reforma da r. sentença, sob o argumento de que, quando de sua manifestação sobre o laudo judicial, concordou com o valor apurado pelo perito para a terra nua - R$ 5.033.903,01 - em relação ao ano 2008, uma vez que o valor da indenização deve retratar o preço de mercado vigente à época da imissão na posse pelo INCRA, e não da data da perícia do Juízo (2011). Sustenta, ainda, que o imóvel expropriado se encontra completamente inexplorado, improdutivo e sem qualquer benfeitoria passível de indenização. Requer, assim, o acolhimento do valor depositado inicialmente pela autarquia. Subsidiariamente, pleiteia a exclusão da condenação ao pagamento de correção monetária e de honorários periciais, e a redução dos juros de mora e dos honorários advocatícios.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

Em seu parecer, o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento da apelação (fls. 1047/1056).

É o relatório.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

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

O direito à propriedade é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXII, e consiste no direito de usar, fruir e dispor de bem móvel ou imóvel, sendo oponível *erga omnes*.

A legitimação de tal direito decorre da finalidade da propriedade, devendo esta, portanto, atender a sua função social (inciso XXIII do artigo 5º supra).

Nesse sentir, leciona Guilherme Peña de Moraes que "a propriedade é investigada sob o ângulo da titularidade, imanente ao Direito Privado, no qual a propriedade constitui um direito absoluto, isto é, oponível erga omnes, podendo o proprietário opô-lo à generalidade anônima dos indivíduos, e do exercício, inerente ao Direito Público, no qual a propriedade corresponde a um direito limitado, ou seja, condicionado à promoção do bem-estar social, devendo o proprietário exercê-lo sob pena de intervenção do Estado, em atenção à sua função social" (Curso de Direito Constitucional, 9ª edição, p. 216).

No tocante à propriedade rural, a função social é cumprida quando há observância simultânea dos requisitos dispostos nos incisos de I a IV do artigo 186 da Carta Magna, quais sejam: aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Havendo o descumprimento de tais requisitos e sendo o imóvel rural de grande extensão, compete à União desapropriá-lo por interesse social, para fins de reforma agrária, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, ou, no caso de benfeitorias úteis e necessárias, em dinheiro.

É dizer, portanto, nas palavras do Exmo. Ministro Luiz Fux, que o "direito de propriedade é garantia constitucional, decorrente da dignidade da pessoa humana, cuja relativização condiciona-se ao prévio pagamento de indenização pelo Poder Público, por meio da ação desapropriatória" (REsp nº 992115/MT, DJe 15/10/2009).

A indenização prévia e justa é um direito fundamental do particular, consagrado no artigo 5º, XXIV, da Carta Magna. A Lei nº 8.629/93, que regulamenta os dispositivos constitucionais sobre a Reforma Agrária, define "justa indenização" como aquela que reflete o preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade, devendo ser calculada na forma estabelecida no artigo 12. Confira-se:

> Art. 12. Considera-se justa a indenização que reflita o preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade, aí incluídas as terras e acessões naturais, matas e florestas e as benfeitorias indenizáveis, observados os seguintes aspectos:
> I - localização do imóvel;
> II - aptidão agrícola;
> III - dimensão do imóvel;
> IV - área ocupada e ancianidade das posses;
> V - funcionalidade, tempo de uso e estado de conservação das benfeitorias.
> § 1º Verificado o preço atual de mercado da totalidade do imóvel, proceder-se-á à dedução do valor das benfeitorias indenizáveis a serem pagas em dinheiro, obtendo-se o preço da terra a ser indenizado em TDA.
> § 2º Integram o preço da terra as florestas naturais, matas nativas e qualquer outro tipo de vegetação natural, não podendo o preço apurado superar, em qualquer hipótese, o preço de

mercado do imóvel.
§ 3º O Laudo de Avaliação será subscrito por Engenheiro Agrônomo com registro de Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, respondendo o subscritor, civil, penal e administrativamente, pela superavaliação comprovada ou fraude na identificação das informações.

No caso dos autos, o INCRA ajuizou ação de desapropriação em relação ao imóvel rural "Fazenda Arapuá", situado no município de Três Lagoas/MS, com base no Decreto Presidencial de 23/01/2008, ofertando como indenização aos expropriados a quantia total de R$ 5.916.245,97, sendo R$ 5.563.183,81 pela terra nua e R$ 353.062,16 pelas benfeitorias. Aduziu, ainda, que o imóvel em questão estava registrado no Cartório de Registro de Imóveis com área de 1.456,9601 ha, porém, após a devida vistoria, foi apurada a área de 1.447,9968 ha.

O réu, em Contestação, alegou que a área total do imóvel corresponde àquela registrada no Cartório, devendo tal questão ser dirimida por perícia judicial. Discordou, outrossim, do valor ofertado pela autarquia à título de indenização, sob o argumento de que este não reflete os valores constantes na Lei Municipal, tampouco o valor de mercado praticado na comercialização de terras naquela localidade, ainda mais considerando a sua proximidade com o perímetro urbano, acesso facilitado pela passagem de rodovia federal, quantidade de recursos hídricos existentes na propriedade e ausência de irregularidades ambientais, razão pela qual requereu a realização de perícia técnica para tal fim.

Houve a realização de perícia judicial (fls. 789/864), sobre a qual as partes se manifestaram. O réu e o INCRA juntaram pareceres de assistentes técnicos (fls. 875/896 e 930/937, respectivamente).

A r. sentença julgou parcialmente procedente a demanda, tendo o MM. Juiz *a quo* acolhido o valor da indenização apresentado no laudo do perito judicial, apurado com base no valor de mercado do imóvel na data da perícia (2011), nos termos do art. 26 do Decreto-Lei 3.365/1941 e art. 12, § 2º, da LC 76/1993.

Em suas razões de apelação, o INCRA alega que, quando de sua manifestação sobre o laudo judicial, concordou com o valor apurado pelo perito para a terra nua - R$ 5.033.903,01 - em relação ao ano 2008, uma vez que o valor da indenização deve retratar o preço de mercado da época da imissão de posse pelo INCRA, e não da data da perícia do Juízo (2011). Sustenta, ainda, que o imóvel expropriado se encontra completamente inexplorado, improdutivo e sem qualquer benfeitoria passível de indenização. Requer, assim, o acolhimento do valor depositado inicialmente pela autarquia.

No tocante aos consectários, alega que os TDA já possuem índice de correção próprio, determinado em lei, que é a TR, devendo ser excluída a sua condenação em correção monetária; que a lei determina a incidência de juros de mora à razão "de até 6%", e, no caso, houve a fixação no patamar máximo sem qualquer justificativa, razão pela qual deve ser reduzido o seu patamar; que os juros moratórios devem incidir somente a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da CF; que os honorários advocatícios devem ser arbitrados em, no máximo, 5% sobre a diferença entre o valor da condenação e o valor ofertado; que é incabível a sua condenação ao pagamento dos honorários periciais, posto que a perícia foi requerida pelo expropriado.

Razão lhe assiste em parte.

Inicialmente, cumpre asseverar que o laudo pericial foi elaborado por profissional da confiança do Juízo e equidistante das partes, restando, assim, resguardada a imparcialidade de seu trabalho. Ademais, o acolhimento do valor da indenização apurado pelo perito foi mi-

nuciosamente fundamentado na r. sentença, conforme excerto abaixo transcrito:

> O *Perito Judicial* utiliza *método comparativo* tendo por parâmetro os *preços correntes no mercado imobiliário* e os *custos de reprodução das benfeitorias*, cujos dados foram submetidos a homogeneização, com a *consideração de 7 (sete) amostras - Laudo Pericial* (fls. 796/797). Para *apuração do valor da terra nua*, pelo método da amostragem, considerou-se ainda a *dimensão das propriedades*, sendo *realizados ajustes* em conformidade com as *características relacionadas à região, localização, Estado, tipo de exploração praticada*, dentre outros, *sendo o valor da terra nua apurado após dedução do valor das benfeitorias*, atendendo-se às *prescrições da ABNT* NBR 14.653-3 (fl. 797).
> Apenas se registrou *impossibilidade de avaliação das edificações e instalações rurais, por força do atual estado de conservação e depreciações*, sendo então *consideradas as informações inicialmente registradas no laudo de vistoria e avaliação do expropriantes (Laudo Pericial* - fl. 798).
> (...)
> Dessa análise, conclui-se que a insurgência das partes em relação à perícia judicial cede aos f*undamentos* desfilados no *Laudo Pericial*, em face da *utilização de critérios científicos, matemáticos e estatísticos*, com consideração de *aspectos específicos* que afetaram a valoração do bens, *devendo, portanto, prevalecer a perícia judicial em relação à avaliação administrativa e aos demais pareceres técnicos*, sobretudo por ter sido *emitido por profissional equidistante das partes.* (fl. 992/992v)

No mais, de acordo com a LC nº 76/1993, se após a apresentação da Contestação não houver concordância entre as partes quanto ao valor da indenização, o juiz determinará a realização de prova pericial para averiguar o valor da justa indenização devida pelo expropriante.

O montante da indenização, a ser estabelecido em sentença, deverá corresponder ao valor apurado na data da perícia, ou ao consignado pelo juiz, corrigido monetariamente até a data de seu efetivo pagamento (§ 2º do artigo 12 da LC nº 76/93). Ressalte-se que a redação do artigo 26 do Decreto-Lei nº 3.365/41, no sentido de que o valor da indenização será contemporâneo à avaliação, deve ser interpretada de maneira ampla, em conjunto com o que dispõe o artigo 12 supra, extraindo-se, assim, que a "avaliação" a que se refere se trata, na verdade, do laudo adotado pelo juiz para a fixação do justo preço, e não da avaliação administrativa.

Tal entendimento é esposado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, conforme aresto abaixo transcrito:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. NÃO ACEITAÇÃO DO VALOR DA OFERTA. POSSIBILIDADE DE SE DETERMINAR A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CONTEMPORANEIDADE DA AVALIAÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS. IMÓVEL IMPRODUTIVO. INCIDÊNCIA. PRONUNCIAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC (RESP 1.116.364/PI).
> 1. "Em se tratando de desapropriação, a prova pericial para a fixação do justo preço somente é dispensável quando há expressa concordância do expropriado com o valor da oferta inicial" (AgRg no REsp 993.680/SE, DJe de 19/3/2009).
> *2. O art. 26 do Decreto-Lei nº 3.365/41, ao determinar que o valor da indenização seja contemporâneo à avaliação, assim o faz em relação ao laudo adotado pelo juiz para a fixação do justo preço, seja ele qual for, pouco importando a data da imissão na posse ou mesmo a data da avaliação administrativa.*
> *3. Corrobora esse entendimento a norma contida no art. 12, § 2º, da LC 76/93, segundo a qual "o valor da indenização corresponderá ao valor apurado na data da perícia, ou ao*

consignado pelo juiz, corrigido monetariamente até a data de seu efetivo pagamento".
4. "A eventual improdutividade do imóvel não afasta o direito aos juros compensatórios, pois esses restituem não só o que o expropriado deixou de ganhar com a perda antecipada, mas também a expectativa de renda, considerando a possibilidade do imóvel 'ser aproveitado a qualquer momento de forma racional e adequada, ou até ser vendido com o recebimento do seu valor à vista'" (REsp 1.116.364/PI, Rel. Min. CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/5/2010, DJe de 10/9/2010).
5. Limitado o pedido do recurso especial à exclusão dos juros compensatórios por se tratar de imóvel rural improdutivo, tese rechaçada no julgamento do REsp 1.116.364/PI, ou, alternativamente, a redução do percentual desses juros para 6% (seis por cento) ao ano no período entre a edição da MP 1.577/97 e a liminar proferida na ADIn 2.332/DF (13.9.2001), deve o recurso ser conhecido nessa extensão, sob pena de se proferir julgamento ultra petita.
6. Agravo regimental não provido. (grifei)
(STJ - Segunda Turma - AgRg no AREsp nº 203423/SE, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 26/09/2013)

Nesse mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. JUSTA INDENIZAÇÃO. LAUDO PERICIAL. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA.
1. O TRF, após apreciação minuciosa dos fatos, concluiu que o laudo do perito oficial está conforme os ditames legais.
2. No ordenamento jurídico pátrio, o magistrado é livre para apreciar motivadamente as provas produzidas no processo, dando-lhes o valor que bem entender. No sistema de valoração de provas adotado pelo CPC, não há procedência de um tipo de prova sobre outro, como na idade média, período no qual as provas possuiam valores pré-estabelecidos.
3. Por isso, não procede a irresignação do recorrente quanto ao pronunciamento do magistrado singular, porque ele apreciou adequadamente todas as provas colacionadas aos autos e concluiu fundamentadamente sua decisão.
4. O valor da indenização deve ser contemporâneo à avaliação, *tendo como base o laudo adotado pelo juiz para a fixação do justo preço, pouco importando a data da imissão na posse ou mesmo a da avaliação administrativa. Resp 1.314.758/CE, Relator Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 24/10/2013) e AgRg no Resp 1.395.872/CE, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25/10/2013).*
5. É pacífica a jurisprudência que admite a incidência de juros compensatórios em matéria de desapropriação para fins de reforma agrária, mesmo com relação aos TDAs, operando-se sobre estes a correção monetária.
6. Agravo Regimental não provido. (grifei)
(STJ - Segunda Turma - AgResp nº 201401376825, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 10/10/2014..DTPB:.)

Ainda que assim não fosse, o MM. Juiz *a quo*, ao acolher o valor do imóvel na data da perícia, assinalou que "considerando que *tanto os valores* apurados no *procedimento administrativo preliminar* quanto os *estimados para a época da imissão da posse*, com lastro na projeção de evolução monetária em relação aos valores veiculados em norma tributária municipal, *não retratam com fidelidade as* condições necessárias à apuração do *real valor do imóvel expropriando àquela época, deve prevalecer o valor apurado na data da perícia (2011)*, de modo a atender a concepção de *justa indenização*, nos termos do *artigo 12, § 2º, da LC 76/93*" (fl. 993).

Irreparável, portanto, a r. sentença ao adotar como valor da indenização a quantia apontada no laudo do perito judicial, qual seja, R$ 6.719.886,18 (seis milhões, setecentos e dezenove mil, oitocentos e oitenta e seis reais e dezoito centavos), que reflete o preço de mercado do imóvel à época da perícia do Juízo (2011).

Em relação à correção monetária, não deve ser conhecido o pleito do INCRA, posto que não se coaduna com o decidido em sentença. Isso porque a autarquia requer o afastamento de sua condenação ao pagamento de correção monetária, sob o argumento de que os TDA já possuem índice de correção próprio determinado em lei, todavia, a determinação na r. sentença de incidência de correção monetária nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal se refere apenas ao pagamento, *em dinheiro*, da diferença entre o valor estabelecido para *as benfeitorias* (R$ 850.129,87) e aquele já depositado initio litis. Já em relação à indenização pela terra nua, foi determinado o pagamento da diferença entre o valor ora arbitrado (R$ 5.869.756,31) e o incialmente ofertado, mediante a emissão de TDA complementares, com a mesma remuneração, vencimentos e prazos de resgate dos constantes da oferta inicial.

No tocante aos juros de mora, cumpre asseverar que o artigo 15-B do Decreto-Lei nº 3.365/41, aplicável às ações de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, dispõe que "os juros moratórios destinam-se a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de mérito, e somente serão devidos à razão de até seis por cento ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição".

Desta feita, observado o referido parâmetro, "à razão de até seis por cento ao ano", cabe ao magistrado, utilizando-se de sua discricionariedade, fixar o patamar de incidência que melhor atenda à situação do caso concreto, visando à recomposição da perda advinda de possível atraso no pagamento por parte do expropriante. Na situação dos autos, a r. sentença encontra-se minuciosamente fundamentada, de modo que a fixação do patamar de incidência de juros de mora em 6% a.a. está em sintonia com os demais termos do *decisum* e coerente com os termos legais.

Todavia, deve ser acolhida a pretensão do apelante no que se refere ao termo inicial de incidência dos juros moratórios. Isso porque a r. sentença determinou a sua incidência "a partir do primeiro dia do ano subsequente àquele em que transitar em julgado a presente decisão". Ocorre que, tendo a sentença sido prolatada em junho/2013, à luz do princípio *tempus regit actum*, deve ser aplicada ao caso a regra do artigo 15-B do Decreto-Lei nº 3.365/41 supra, incluído pela MP nº 2.183-56/2001, que determina a incidência de juros de mora "a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição".

Neste diapasão, é a jurisprudência desta E. Primeira Turma:

> DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REMESSA NECESSÁRIA. APELAÇÕES. DESAPROPRIAÇÃO PARA REFORMA AGRÁRIA. TERRA NUA. BENFEITORIAS REPRODUTIVAS E NÃO REPRODUTIVAS. FIXAÇÃO DE PREÇO MÉDIO EM CONSIDERAÇÃO AOS PARÂMETROS DO MERCADO. ARTIGO 12 DA LEI Nº 8.628/93. PRÉVIA E JUSTA INDENIZAÇÃO DA TERRA NUA. PRAZO PARA RESGATE. EXPEDIÇÃO DE TDA'S COM DEDUÇÃO DO TEMPO TRANSCORRIDO DESDE A IMISSÃO NA POSSE. PRECEDENTES DO C. STJ. INDENIZAÇÃO DAS BENFEITORIAS. EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS COMPENSATÓRIOS. CABIMENTO. JUROS DE MORA APLICÁVEIS APENAS NA HIPÓTESE DE ATRASO NO PAGAMENTO DO PRECATÓRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. INVIABILIDADE.

- A CF/88 garante o direito à propriedade como uma das prerrogativas fundamentais do indivíduo (art. 5º, XXII). Como todo direito fundamental, contudo, a propriedade deve ser exercitada de acordo com outros princípios constitucionais, não assumindo, destarte, um caráter absoluto. Nesse sentido, cumpre salientar, desde logo, que o exercício do mencionado direito fundamental deve observar a função social da propriedade, (art. 5º, XXIII, CF/88).
- No caso em concreto, constato que a parte expropriante e o perito judicial divergem quanto à área do imóvel e quanto ao valor de indenização a ser pago em razão da desapropriação. Razão assiste ao magistrado de primeiro grau quando afirma que o laudo produzido pelo perito judicial reveste-se de uma certeza maior do que aquele infirmado pelo INCRA. É que o Laudo de Avaliação administrativo toma em conta apenas 12 pontos referenciais, ao passo que o perito judicial leva em consideração 580 pontos referenciais, circunstância a denotar, de fato, maior rigor técnico no trabalho do perito judicial, na medida em que sua apuração é inequivocamente mais detalhada do que a promovida pelo INCRA.
- De outro lado, quanto ao valor da indenização, melhor sorte não assiste às insurgências do INCRA. Os critérios adotados pelo perito judicial foram expostos de modo claro, reforçando, pois, a convicção no sentido de que os valores ali indicados representam de forma mais acurada o *quantum* indenizatório. A metodologia encampada pelo Laudo consistiu basicamente numa pesquisa que apurou a destinação do imóvel e de suas benfeitorias, o grau de utilização da terra e de eficiência em sua exploração, a região em que situado o imóvel, dentre outros variados aspectos relevantes.
- O INCRA manifestou sua discordância em relação ao laudo pericial ao argumento de que o valor do *quantum* indenizatório deveria ser o do momento em que realizada a avaliação administrativa. Essa alegação, no entanto, não tem força suficiente para infirmar as conclusões exaradas pelo perito judicial. O C. STJ pacificou entendimento jurisprudencial no sentido de que a justa indenização é a que reflete o momento em que promovida a avaliação pericial, e não a avaliação administrativa (AGRESP 201401376825, Rel. Min. Herman Benjamin, STJ - Segunda Turma, DJE:10/10/2014).
- O artigo 184 da CF assegura que a prévia e justa indenização pela desapropriação para fins de reforma agrária se dará em títulos da Dívida Agrária "resgatáveis no prazo de até vinte anos". Ora, no caso concreto, tendo a presente ação sido ajuizada em 08/03/2005, com imissão na posse em 13/04/2005, quando então se viram os réus efetivamente desapossados do bem, já não se mostra mais factível que se ordene a emissão de TDA's complementares para garantir aos expropriados a "justa indenização" pela terra nua no prazo fixado constitucionalmente, já que escoados, no presente momento, mais de doze anos do momento em que se daria o pagamento da expropriação, isso sem mencionar a tramitação processual futura ainda a ser observada. Precedentes do C. STJ. Portanto, o valor da terra nua deverá ser indenizado mediante a emissão de TDA's com dedução do tempo decorrido desde a imissão na posse do imóvel, de molde a que o prazo de resgate não ultrapasse o lapso temporal de vinte anos previsto constitucionalmente, que representa o limite máximo para o resgate.
- Já com relação às benfeitorias realizadas pelos expropriados, a melhor solução no caso concreto, que assegura a observância do comando constitucional, de molde a não acarretar enriquecimento ilícito da União em desfavor dos expropriados, é aquela que determina que a indenização se dê por meio da expedição de precatório, a ser emitido após o trânsito em julgado da decisão final proferida neste feito.
- Quanto aos acréscimos incidentes sobre os valores apurados, a correção monetária deverá incidir sobre a diferença do valor da terra nua e das benfeitorias, a contar data da perícia judicial. Já quanto aos juros compensatórios, não merece guarida a alegação da apelante INCRA na linha de que seriam incabíveis em desapropriação por interesse social. A jurisprudência dos tribunais pátrios defende que os juros compensatórios são devidos, uma vez que o proprietário se vê privado de usufruir de bem da sua propriedade de qualquer forma.
-Lembremos que a CF/88 estatui que a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária ocorrerá mediante o pagamento de prévia e justa indenização (art. 184), previsão

reforçada pelo art. 5º da Lei nº 8.629/1993. Com a imissão do INCRA na posse do imóvel rural, qualquer expectativa do expropriado de gerar lucro com a propriedade esvaiu-se, pelo que faz jus ao recebimento de uma compensação financeira que supra essa circunstância, ainda que se cuide de desapropriação por interesse social. A interpretação restritiva que o INCRA sugere do cabimento dos juros compensatórios importaria, *in casu*, no sacrifício da imposição constitucional de se garantir prévia e justa indenização ao particular, o que não se admite.
- Na situação em análise, os juros compensatórios deverão incidir sobre a diferença entre a oferta (valores das TDA's) e o valor fixado a título de indenização pelo valor da terra nua (VTN) e benfeitorias, a contar da imissão do INCRA na posse da propriedade rural, em 12% ao ano (já que posterior à Súmula nº 618 do E. STF).
- *Quanto aos juros moratórios, deve ser mantido o entendimento no sentido de que eles somente serão devidos, à razão de 6% ao ano, na hipótese de atraso no pagamento do precatório, portanto, a contar de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da CF/88 e artigo 15-B, do Decreto-lei nº 3.365/41.* Quanto aos honorários advocatícios, eles foram fixados adequadamente, considerado o trabalho desenvolvido pelo advogado e pelo tempo que acompanha o feito (mais de dez anos), sendo o percentual de 5% adequado à remuneração do profissional. (g,n.)
(TRF 3ª Região - Primeira Turma - AC/Remessa Necessária nº 0000108-67.2005.4.03.6003/MS, Rel. Des. Fed. Wilson Zauhy, julgamento: 13/06/2017)

Da mesma forma, os honorários sucumbenciais devem ser fixados em conformidade com a lei vigente à época da prolação da sentença, de modo que incabível no presente caso a aplicação do artigo 19, § 1º, da LC nº 76/93, devendo ser observada a regra disposta no art. 27, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365/41, com redação dada pela MP nº 1.997-37/2000, posteriormente reeditada para a MP nº 2.183-56/2001.

Com efeito, quando a sentença fixar indenização em valor superior ao preço inicialmente oferecido, o desapropriante será condenado a pagar honorários advocatícios no patamar de meio a cinco por cento do valor da diferença. Ademais, a fixação do percentual correto se dará com base nos critérios dispostos no § 4º do artigo 20 do CPC/1973.

Nesse sentido é o entendimento do C. STJ e desta E. Corte Regional (g.n.):

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. HONORÁRIOS.
1. Os juros moratórios fluem a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ocorrer. [...].
2. Os limites de 0,5% e 5% para os honorários advocatícios, previstos no art. 27, § 1º, do Decreto-Lei 3.365/1941, aplicam-se às sentenças proferidas após a publicação da MP 1.997-37/2000.
3. Recurso Especial provido.
(STJ - Segunda Turma - RESP nº 200900981576, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 11/12/2009)

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. REGIME ESTABELECIDO PELO DECRETO-LEI Nº 3.365/1941. LIMITE DE 5% DA DIFERENÇA ENTRE A INDENIZAÇÃO E O DEPÓSITO INICIAL. APELAÇÃO PROVIDA.
I. A Furnas Centrais Elétricas S/A, como subsidiária da Eletrobrás, é uma sociedade de economia federal, cujos interesses não estão sob o alcance da remessa oficial (artigo 475 do Código de Processo Civil).
II. Nas desapropriações por necessidade ou utilidade pública, a definição dos honorários de advogado segue um regime especial, que, além de prever como base de cálculo a diferença

entre a indenização e o depósito inicial, estabelece o limite mínimo de 0,5% e o máximo de 5% (artigo 27, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365/1941, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.183-56/2001).
III. Os critérios que orientam a escolha do patamar certo são os mesmos do artigo 20, § 4º, do CPC.
IV. O processo tramita há mais de 25 anos e assumiu uma complexidade considerável, com a produção de duas perícias.
V. É razoável que a remuneração do profissional corresponda ao teto, ou seja, a 5% da diferença entre a indenização e o valor pago pela imissão provisória na posse.
VI. Apelação a que se dá provimento.
(TRF 3ª Região - Quinta Turma - AC nº 00199913019874036100, Rel. Des. Fed. Antônio Cedenho, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 24/10/2013)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REMESSA NECESSÁRIA E RECURSOS DE APELAÇÃO. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. JUSTA INDENIZAÇÃO. LAUDO PERICIAL. JUROS COMPENSATÓRIOS E DE MORA. INCIDÊNCIA. CÔMPUTO. TERMO INICIAL. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. REDUÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO DA EXPROPRIADA DESPROVIDO. REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO DE APELAÇÃO DO INCRA PARCIALMENTE PROVIDOS.
1. Aplica-se a Lei nº 13.105/2015 aos processos pendentes, respeitados, naturalmente, os atos consumados e seus efeitos no regime do Código de Processo Civil de 1973.
2. O valor da indenização deve ser contemporâneo à data da avaliação, mostrando-se irrelevante a data em que ocorreu a imissão na posse do bem ou a data em que se deu a vistoria do ente expropriante. Precedentes.
3. O INCRA somente ingressou efetivamente na posse do imóvel em 21/01/2003. Nesse ponto, comporta provimento o recurso interposto pela Autarquia, para que seja reconhecido que o ente expropriante somente ingressou efetivamente na posse do imóvel na data referida, devendo esta ser considerada como termo inicial dos juros compensatórios.
4. Mostra-se devida a incidência de correção monetária sobre o valor da indenização fixado na sentença, consoante dispõe o § 2º do art. 12 da LC 76/93. No que concerne à correção monetária devida sobre a parcela indenizatória paga mediante Títulos da Dívida Agrária (TDA), é pacífica a jurisprudência no sentido de ser igualmente devida sua incidência. Precedentes.
5. *A Medida Provisória nº 1.997-37, de 11/04/2000, reeditada por último sob o nº 2.183-56, de 24/08/2001, estabeleceu, no art. 27, que o percentual de verba de honorários de advogado não pode ultrapassar 5% da base de cálculo já consagrada. Ação simples, que não revela complexidade acima do normal, apesar de sua longa tramitação. Redução do percentual da verba honorária para 3% sobre a mesma base de cálculo fixada na sentença (CPC/73, art. 20, § 4º).*
6. Negado provimento ao recurso de apelação interposto por "Agropecuária Pouso Alegre Ltda.". Dado parcial provimento à remessa necessária e ao recurso de apelação interposto pelo INCRA, para fixar a data de 21/01/2003 como termo inicial dos juros compensatórios, bem como para reduzir os honorários advocatícios para 3% (três por cento) do valor da diferença entre a oferta e a indenização (art. 27, § 1º, do DL nº 3.365/1941, com a redação da MP nº 2.183-56, de 24/08/2001).
(TRF 3ª Região - Primeira Turma - AC/Remessa Necessária nº 0001631-93.2000.4.03.6002/MS, Rel. Des. Fed. Hélio Nogueira,e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/11/2017)

Nesse cenário, dentro do parâmetro estabelecido em lei, o arbitramento dos honorários deve se pautar em uma apreciação equitativa dos critérios contidos no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil/73, ou seja, em quantia que valorize a atividade profissional advocatícia, homenageando-se o grau de zelo, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância

da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Assim, considerando que o caso dos autos não revela complexidade acima do normal, a verba honorária deve ser reduzida para 3% (três por cento) da diferença entre o valor da indenização fixada na r. sentença e da oferta inicial.

Por fim, em relação aos honorários periciais, ressalto que, muito embora o juiz não esteja vinculado ao *quantum* apurado no laudo pericial, extrai-se da leitura dos artigos 6º, II, 9º, § 1º, e 10, § 1º, todos da LC nº 76/93 a imprescindibilidade da realização da perícia, quando o expropriado contesta a oferta do expropriante.

Ademais, de acordo com o artigo 19 da mesma lei, o honorário do perito constitui encargo do sucumbente, assim entendido o expropriado, se o valor da indenização for igual ou inferior ao preço oferecido, ou o expropriante, na hipótese de valor superior ao preço oferecido.

No caso dos autos, sendo o apelante sucumbente, deve ser mantida a sua condenação ao pagamento dos honorários periciais, nos termos da r. sentença.

Ante o exposto, *dou parcial provimento à apelação interposta pelo INCRA*, para determinar a incidência de juros de mora a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do artigo 100 da Constituição Federal e artigo 15-B do Decreto-Lei nº 3.365/41, bem como para reduzir os honorários advocatícios para 3% (três por cento) do valor da diferença entre a indenização fixada e a oferta inicial, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0026992-94.2009.4.03.6100
(2009.61.00.026992-3)

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apeladas: CAMILA GOMES GAGLIARDI E MARIA INÊS GOMES
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 24ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: Ap 2280859
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/04/2018

EMENTA

AÇÃO MONITÓRIA. FIES. TAXA DE JUROS. LEI Nº 12.202/2010. MULTA MORATÓRIA E PENA CONVENCIONAL. PROLONGAMENTO DO PRAZO PARA AMORTIZAÇÃO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.
I. Após 15/01/2010, quando entrou em vigor da Lei nº 12.202/2010, a redução dos juros se estende aos saldos devedores de todos os contratos de FIES, ainda que firmados anteriormente. Assim, a partir dessa data aplica-se a taxa de juros de 3,5% aa (três e meio por cento ao ano), e a partir de 10/03/2010, a taxa de juros de 3,4% aa (três inteiros e quatro décimos por cento ao ano), conforme Resolução BACEN nº 3.842/2010.
II. Permitida a cobrança de multa moratória e pena convencional de forma cumulada se contratualmente previstas, já que possuem finalidades distintas, sendo que a primeira é fruto da impontualidade, e a segunda busca reparar os lucros cessantes.
III. No que tange ao prolongamento do prazo para amortização, não cabe ao Poder Judiciário intervir nesta questão, mas sim à CEF estudar a pertinência de tal ato. Não se trata de imposição legal e automática. Precedentes.
IV. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *dar parcial provimento* ao recurso para fazer incidir sobre as prestações vencidas, pagas ou não, a partir de 14.01.2010, taxa de juros 3,5%, e a partir de 10.03.2010, taxa de juros de 3,4% a.a., excluindo ainda a capitalização mensal de juros, bem como para permitir a cobrança de multa moratória e pena convencional de forma cumulada, e ainda para afastar a alteração do prazo de amortização, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de abril de 2018.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Descrição fática: trata-se de apelação interposta contra sentença proferida em ação

monitória promovida pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL em face de CAMILA GOMES GAGLIARDI e MARIA INÊS GOMES, objetivando o recebimento de R$ 20.667,26 proveniente de Contrato de Abertura de Crédito para Financiamento Estudantil - FIES.

Sentença (fls. 184): o MM. Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente a presente ação monitória e condenou o réu ao pagamento do principal traduzido na importância devida a partir da constituição da mora, com a incidência de juros de 3,4% ao ano e multa de 2% sobre o valor devido, cuja cobrança deverá ter prazo de amortização estendido, nos termos da fundamentação acima.

Apelante (CAIXA): argumenta, em síntese, que a aplicação da taxa de juros de 3,4% ao ano só poderia se dar a parir da entrada em vigor da norma que a previu, em 2010, e não a partir da constituição da mora, em 2007. No mais, requer seja respeitada a autonomia contratual, mantendo-se os encargos previstos no instrumento contratual firmado entre as partes, notadamente em relação à pena convencional e multa moratória. Ao fim, insurge-se contra o deferimento de dilação de prazo para amortização e contra a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Verifica-se que a controvérsia ora travada diz respeito à forma de cálculo do débito decorrente de contrato abertura de crédito estudantil entabulado nos moldes do FIES, programa governamental instituído pela Lei 10.260/01 com o escopo de promover o acesso de estudantes ao ensino superior.

Assiste razão em parte à CEF.

Com efeito, embora o contrato tenha sido formalizado anteriormente à edição da Lei nº 12.202/2010 e da Resolução BACEN nº 3.842/2010, há que se considerar a força cogente de tais normas, o que implica a redução dos juros remuneratórios pactuados na hipótese vertente.

Assim, sobre as prestações vencidas, pagas ou não, incidem juros remuneratórios anuais de 9%; a partir da Lei 12.202 de 14.01.2010, aplica-se a tais prestações a taxa de 3,5% a.a.; e, finalmente, a partir de 10.03.2010, incidirá sobre elas a taxa de 3,4% a.a., consoante estipulado pelo CMN.

Nesse sentido:

> DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL - FIES. JUROS. CAPITALIZAÇÃO MENSAL. MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA.
> 1. A sentença julgou parcialmente procedentes os embargos monitórios, reconhecendo a ilegalidade da capitalização mensal de juros do contrato de financiamento estudantil - FIES, permitindo somente a capitalização anual de juros de 9% (nove por cento). Ademais, acolheu o pedido de redução de juros, determinando à CAIXA adequar as planilhas de cálculos, fazendo incidir a taxa de juros de 3,5% a.a. a partir da Lei nº 12.202 de 14.01.2010 e de 3,4% a.a. após março de 2010, como estipulado pelo CMN sobre o saldo devedor do contrato.

2. A Primeira Seção do STJ, no REsp 1.155.684/RN, de 12.5.2010, submetido ao rito dos recursos repetitivos, art. 543-C do CPC, ratificou o entendimento de que, em crédito educativo, não se admite juros capitalizados, por ausência de autorização expressa em norma específica (STJ, AGRESP nº 1149596, 2ª Turma, rel. Min. HERMAN BENJAMIN).
3. *Os juros anuais estipulados para menor (de 3,5% a.a. a partir da Lei nº 12.202 de 14.01.2010 e de 3,4% a.a. após março de 2010) pelo Conselho Monetário Nacional incidem sobre o saldo devedor dos contratos em vigor. Aplicação do artigo 5º, § 10, da Lei nº 10.260/2001, na redação da Lei nº 12.202, de 10/03/ 2010.*
4. Apelação desprovida.
(TRF2, AC nº 201150010142052/ES - Rel. Desembargadora Federal NIZETE LOBATO CARMO - Sexta Turma Especializada - E-DJF2R 01/03/2013) - g.n

AÇÃO MONITÓRIA. FIES. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO. ÔNUS SUCUMBENCIAIS.
1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - em sede de recurso repetitivo - tem consolidado entendimento no sentido de que, em se tratando de crédito educativo, não se admite sejam os juros capitalizados, haja vista a ausência de autorização expressa por norma específica.
2. *Devem incidir juros remuneratórios anuais de 9% sobre as prestações pagas ou impagas dos contratos de FIES, até a publicação da Resolução BACEN nº 3.842/2010, em 10 de março de 2010. A partir de então, incidem juros de 3,4% ao ano sobre o saldo devedor.*
3. Ante os termos da revisão contratual operada, a distribuição dos ônus sucumbenciais determinada na sentença deve ser mantida, não merecendo provimento o apelo da CEF quanto à majoração do valor arbitrado a título de honorária.
(TRF4, 4ª Turma, AC nº 5009324.95-2011.404.7112, Rel. Desembargador Federal LUIS ALBERTO D"AZEVEDO AURVALLE, e-DJF4 05/03/2013) - g.n

FUNDO DE FINANCIAMENTO AO ENSINO SUPERIOR. CONTRATO ANTERIOR À MEDIDA PROVISÓRIA 517/2010. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS: INADMISSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. REDUÇÃO DA TAXA DE JUROS: EXTENSÃO AOS CONTRATOS FIRMADOS ANTERIORMENTE À LEI 12.202/2010. AGRAVO IMPROVIDO.
1. Agravo legal interposto contra decisão monocrática que deu parcial provimento à apelação para determinar a exclusão do débito, da parcela relativa à capitalização dos juros, bem como a aplicação da taxa de juros de 3,5% aa a partir de 15/01/2010 e de 3,4% aa a partir de 10/03/2010 ao contrato de abertura de crédito para financiamento estudantil.
2. O Superior Tribunal de Justiça, em tema de recursos repetitivos, firmou o entendimento de que não é lícita a capitalização dos juros em contratos de FIES, ao fundamento da inexistência de expressa autorização legislativa. Ressalva do ponto de vista pessoal do Relator.
3. Considerando que o contrato foi assinado em 28/05/2001, portanto anteriormente à vigência da Medida Provisória nº 517/2010, convertida na Lei nº 12.431/2011, não é de ser admitida a capitalização dos juros.
4. *Da análise do inciso II do artigo 5º da Lei nº 10.260/2001, das alterações feitas pela Lei nº 12.202/2010 e pela Lei nº 12.431/2011, e das Resoluções do BACEN - Banco Central do Brasil 2.647/1999, 3.415/2006, 3.777/2009 e 3.842/2010, conclui-se que para os contratos celebrados no âmbito do FIES até 30/06/2006, a taxa de juros é de 9% aa (nove por cento ao ano); para os contratos celebrados a partir de 01/07/2006, a taxa é de 3,5% aa (três e meio por cento ao ano) para os cursos de licenciatura, pedagogia, normal e tecnologias, e de 6,5% aa (seis e meio por cento ao ano) para os demais cursos; para os contratos celebrados a partir de 22/09/2009, a taxa de juros é de 3,5% aa (três e meio por cento ao ano); e para os contratos celebrados a partir de 10/03/2010, a taxa de juros é de 3,4% aa (três inteiros e quatro décimos por cento ao ano).*

> 5. *A partir de 15/01/2010, quando entrou em vigor da Lei nº 12.202/2010, a redução dos juros se estende aos saldos devedores de todos os contratos, ainda que firmados anteriormente. Assim, para todos os contratos celebrados no âmbito do FIES, ainda que anteriores à 15/01/2010, a partir dessa data aplica-se a taxa de juros de 3,5% aa (três e meio por cento ao ano), e a partir de 10/03/2010, a taxa de juros de 3,4% aa (três inteiros e quatro décimos por cento ao ano). Aplicam-se também eventuais reduções da taxa de juros que venham a ser determinadas pelo CMN.*
> 6. O contrato foi assinado em 28.07.2000 e prevê taxa de juros de 9%; assim, aplica-se a taxa de juros de 9% aa até 15/01/2010; a partir daí a taxa de 3,5% aa; e a partir de 10/03/2010, a taxa de 3,4% aa.
> 7. Agravo legal improvido.
> (TRF3, PRIMEIRA TURMA, AC 0011188-91.2006.4.03.6100, Rel. JUIZ CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA, julgado em 21/05/2013, e-DJF3 Judicial - DATA:28/05/2013) - (g.n.).

No que se refere à cobrança de multa moratória e pena convencional, entendo que estas possuem finalidades distintas, uma vez que a primeira decorre da impontualidade, ou seja, do próprio atraso no pagamento, e a outra tem a finalidade de reparar lucros cessantes, ou seja, a privação do acréscimo patrimonial esperado no caso do pagamento pontual. Nesse sentido, o C. Superior Tribunal de Justiça já proferiu julgado a respeito:

> CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. PERDAS E DANOS. DANOS EMERGENTES E LUCROS CESSANTES. Como regra geral, por considerar-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento no tempo, lugar e forma convencionados (art. 955/CCiv), os juros moratórios são devidos a partir de então. Contudo, na hipótese de obrigação ilíquida, os juros moratórios são devidos somente a partir da citação, como estabelecido pelo § 2º do art. 1.536 do Código Civil. A correção monetária não é um plus que se acrescenta, mas um *minus* que se evita. Outra motivação não tem e em nada mais importa senão em uma mera manutenção do valor aquisitivo da moeda, que se impõe por razões econômicas, morais e jurídicas, em nada se relacionando com pena decorrente da mora. Assim, no caso, a correção incide a partir do dia em que o pagamento deveria ter sido efetuado e que não foi. *Os juros de mora se destinam a reparar os danos emergentes, ou positivos, e a pena convencional é a prévia estipulação para reparar os lucros cessantes, que são os danos negativos, vale dizer, o lucro que a inadimplência não deixou que se auferisse, resultando na perda de um ganho esperável.* Não estabelecida previamente a pena convencional, pode o juiz, a título de dano negativo, estipular um valor do que o credor razoavelmente deixou de lucrar. Recursos parcialmente conhecidos e, nessa parte, parcialmente providos.
> (STJ, Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 244296, Processo: 200000000175 Órgão Julgador: Quarta Turma, rel. Cesar Asfor Rocha Data da decisão: 27/06/2000, DJ - Data::05/08/2000 - Página: 345) (grifos nossos)

Logo, há de ser admitida a cumulação da cobrança de multa moratória e da pena convencional, posicionamento este corroborado pela jurisprudência abaixo colacionada:

> AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CPC, ART. 557. REVISÃO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO E FINANCIAMENTO ESTUDANTIL - FIES. MULTA MORATÓRIA E PENA CONVENCIONAL. AGRAVO DESPROVIDO.
> 1- *No que se refere à cobrança de multa moratória e pena convencional, ambas contratualmente previstas, inexiste óbice à sua cumulação, eis que possuem finalidades distintas, vale dizer, a primeira decorre da impontualidade, do simples atraso no pagamento, e a outra tem o fim de reparar os lucros cessantes.*

2- Se a decisão agravada apreciou e decidiu a questão de conformidade com a lei processual, nada autoriza a sua reforma. 3- Agravo legal desprovido.
AC 00135836020094036000AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1747452 - TRF 3 - Primeira Turma - Rel. Des. Fed. JOSÉ LUNARDELLI - 20/05/2013 - (g.n).

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO EM AÇÃO MONITÓRIA. FIES. MULTA CONVENCIONAL. HONORÁRIOS. JUROS DE MORA. APELAÇÃO IMPROVIDA.
I - Havendo expressa previsão em cláusula contratual, não se vislumbra qualquer nulidade que permita afastar a aplicação de pena convencional nas hipóteses em que o credor se vê obrigado a promover procedimento judicial para a cobrança do débito. Não se cogita, no entanto, que cláusula contratual neste sentido possa suplantar a atribuição exclusiva do magistrado para fixar os honorários advocatícios observados os termos do Código de Processo Civil, bem como os princípios da causalidade e da livre fundamentação.
II - Quanto à multa moratória e aos juros de mora, não se sustenta a argumentação da existência de *bis in idem*. A exemplo do que acontece corriqueiramente em muitos contratos de locação, a multa moratória representa uma consequência direta pelo inadimplemento e incide de uma só vez, podendo ser acordada entre as partes para reforçar a pontualidade dos pagamentos pelo devedor. Os juros de mora, por sua vez, incidem de maneira continuada enquanto perdurar o atraso, remunerando o credor pelo período em que não teve acesso aos valores convencionados, devidos e não pagos pelo devedor, por uma lógica semelhante àquela que justifica a existência dos próprios juros remuneratórios.
III - Por estas razões, no caso em tela, não se vislumbra a existência de abuso cometido pela CEF com fundamento na cláusula Décima Terceira do contrato que tem previsões nesse sentido.
IV - Apelação improvida.
(Ap 00049157120074036000, DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/11/2017..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. FINANCIAMENTO ESTUDANTIL (FIES). APELAÇÃO DA CEF. DEPÓSITOS JUDICIAIS. DEFERIMENTO. PARTE VENCEDORA. ILEGITIMIDADE E FALTA DE INTERESSE PARA RECORRER. EMBARGOS À AÇÃO MONITÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. JUROS REMUNERATÓRIOS. ATRIBUIÇÃO DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. TABELA PRICE. LEGALIDADE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. OCORRÊNCIA. HONORÁRIOS E DESPESAS PROCESSUAIS. RESSARCIMENTO. PENA CONVENCIONAL E MULTA MORATÓRIA. DÉBITO. NECESSIDADE DE RECÁLCULO. MORA. INEXISTÊNCIA. COBRANÇA DE ENCARGOS. IMPOSSIBILIDADE. JUROS MORATÓRIOS. CÓDIGO CIVIL. TAXA SELIC.
1. Tendo a sentença sido favorável à Caixa, no ponto em que foi deferido pedido de depósito judicial do valor incontroverso, não ostenta ela interesse e legitimidade para a interposição de apelo (art. 499, CPC/73).
2. Em ação que objetiva a revisão de contrato bancário não há cerceamento de defesa quando ausente prova pericial contábil, pois se trata de matéria exclusivamente de direito.
3. Inexiste ilegalidade e capitalização no sistema da Tabela Price porque nele os juros são calculados sobre o saldo devedor apurado ao final de cada período imediatamente anterior e a prestação é composta de amortização de capital e juros, ambos quitados mensalmente.
4. Não se admite a capitalização de juros em contrato de crédito educativo. Precedentes do STJ. Súmula nº 121 do Supremo Tribunal Federal.
5. Nos contratos de crédito educativo firmados até 30.12.10 é vedada a cobrança de juros sobre juros.
6. Cabe ao Conselho Monetário Nacional a estipulação da taxa de juros aplicável aos contratos de crédito educativo.

7. A redução da taxa juros estipulada pelo Conselho Monetário Nacional incidirá sobre o saldo devedor dos pactos já formalizados e, no caso de inadimplemento, incidirão apenas os encargos moratórios estipulados no contrato.
8. É ilegal a cobrança extra-autos de valores relativos a custas e honorários advocatícios, deve esta condenação ser imposta apenas quando da prolação da sentença. No caso, não há prova da exigência do pagamento de tais encargos.
9. Inexiste proibição legal à fixação de percentual referente à multa de mora ou à pena convencional, tampouco ocorre *bis in idem* em relação aos juros de mora, vez que têm finalidades diversas.
10. Não há falar em mora no caso de recálculo da dívida. Incabível cobrança de multas convencional e moratória, honorários advocatícios e outros encargos.
11. Para o cálculo do valor devido, inicialmente, incidem os coeficientes e parâmetros de atualização monetária e juros previstos no contrato até a data da propositura da demanda. Após, de se aplicar os critérios legais apontados no Manual de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal - Ações Condenatórias em Geral - atualmente na versão apresentada pela Resolução CJF nº 267/2013, adotado no âmbito desta Corte Regional (Provimento CORE nº 64/05 - artigo 454).
12. Os juros moratórios devem ser computados à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês até a vigência do Código Civil de 2002 (dezembro/2002), após, aplica-se, com exclusividade, a taxa SELIC (art. 406/NCC).
13. A taxa SELIC, por englobar juros e correção monetária, não pode ser cumulada com qualquer outro índice de atualização. Precedentes do STJ.
14. A previsão contratual do vencimento da totalidade das parcelas no caso de inadimplemento, por si só, não configura abusividade na contratação.
15. Apelação da CEF não conhecida. Apelação de Alessandra Aparecida da Silva Oliveira Souto e Outra parcialmente provida.
(Ap 00295492520074036100, DESEMBARGADOR FEDERAL MAURICIO KATO, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2017..FONTE_REPUBLICACAO:.)

CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. FINANCIAMENTO ESTUDANTIL. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. TABELA PRICE. CAPITALIZAÇÃO MENSAL. CUMULAÇÃO DE MULTA MORATÓRIA E PENA CONVENCIONAL. PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.
1. O C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.155.684/RN, sob a sistemática do art. 543-C do CPC, consolidou o entendimento de que os contratos firmados no âmbito do Programa de Financiamento Estudantil - Fies não se submetem às regras encartadas no Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que o objeto do contrato não é propriamente um serviço bancário, mas a viabilização de programa do governo em benefício do estudante.
2. É possível a revisão do contrato de financiamento estudantil, desde que a apelante aponte concretamente alguma ilegalidade em suas cláusulas.
3. Inexiste qualquer ilegalidade na utilização do Sistema Francês de Amortização, conhecido como Tabela Price, previsto na cláusula que amortiza a dívida em prestações periódicas, iguais e sucessivas, cujo valor de cada prestação é composto de uma parcela de capital (amortização) e outra de juros. Isto porque esse tipo de amortização não acarreta incorporação de juros ao saldo devedor, já que os juros são pagos mensalmente, juntamente com as prestações, não havendo qualquer possibilidade de ocorrer anatocismo. Anote-se que a simples aplicação do referido sistema não implica, necessariamente, na vedada incidência de juros sobre juros, que somente poderá ocorrer na hipótese de amortização negativa, quando o valor da prestação for insuficiente para quitar a parcela de juros.
4. O C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.155.684/RN, sob a sistemática do art. 543-C do CPC, também havia pacificado o entendimento de que não se admite a

capitalização de juros em contrato de crédito educativo, tendo em vista a inexistência de previsão expressa em norma específica. Por esta razão, entendia-se que a Súmula nº 121 do SFT, abaixa transcrita, aplicava-se aos contratos de crédito educativo. Ocorre que, posteriormente ao julgamento do mencionado recurso repetitivo pelo C. STJ, sobreveio a Medida Provisória nº 517, de 31/12/2010, que alterou a redação do art. 5º da Lei nº 10.260/2001 a fim de autorizar a cobrança de juros capitalizados mensalmente, a serem estipulados pelo Conselho Monetário Nacional, nos contratos submetidos ao Programa de Financiamento Estudantil. Desse modo, conclui-se que: (i) aos contratos de crédito educativo firmados até 30/12/10 é vedada a cobrança de juros sobre juros/capitalização de juros; (ii) todavia, a capitalização mensal é possível naqueles contratos celebrados após essa data. E, na hipótese dos autos, o contrato foi firmado em julho de 2000, razão pela qual não pode haver a capitalização mensal de juros.
5. A multa de mora ou multa moratória foi estabelecida em 2% sobre o valor da obrigação assumida no contrato e pode ser cobrada no caso de impontualidade no pagamento da prestação/parcela, incluindo a hipótese de vencimento antecipado da dívida. Enquanto que a pena convencional, também denominada de cláusula penal ou multa contratual ou multa compensatória, foi estabelecida em 10% sobre o total do débito apurado na forma do contrato e pode ser cobrada no caso de a CEF iniciar procedimento de cobrança, judicial ou extrajudicial. Estes dois encargos não ensejam *bis in idem*, porquanto possuem finalidades nitidamente diversas.
6. E, não se aplicando o Código de Defesa do Consumidor, não há qualquer previsão legal que estabeleça um limite à pena convencional que pode ser cobrada. Assim, não há qualquer ilegalidade na fixação da pena convencional em 10%.
7. Apelação parcialmente provida.
(AC 00029042620094036121, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/08/2017..FONTE_REPUBLICACAO:.)

AÇÃO REVISIONAL. FIES. UNIÃO FEDERAL. ILEGITIMIDADE. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. LEGITIMIDADE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. TAXA DE JUROS. LEI Nº 12.202/2010. MULTA MORATÓRIA E PENA CONVENCIONAL.
1. Na relação travada com o estudante que adere ao programa do financiamento estudantil, não se identifica relação de consumo, porque o objeto do contrato é um programa de governo, em benefício do estudante, sem conotação de serviço bancário, nos termos do art. 3º, § 2º, do CDC. Assim, na linha dos precedentes da Segunda Turma do STJ afasta-se a aplicação do CDC.
I. A União Federal é parte ilegítima para compor o polo passivo da ação que discute cláusulas contratuais vinculadas ao FIES, como na presente hipótese. Precedentes.
II - Caixa Econômica Federal possui legitimidade para compor o polo passivo, dada sua condição de gestora do referido programa, ou seja, a sua qualidade de agente operador e de administradora dos ativos e passivos referentes ao programa.
III. Na linha do entendimento pacífico do STJ, em se tratando de crédito educativo não se admite sejam os juros capitalizados, eis que ausente autorização expressa por norma específica. Precedentes.
IV. Após 15/01/2010, quando entrou em vigor da Lei nº 12.202/2010, a redução dos juros se estende aos saldos devedores de todos os contratos de FIES, ainda que firmados anteriormente. Assim, a partir dessa data aplica-se a taxa de juros de 3,5% aa (três e meio por cento ao ano), e a partir de 10/03/2010, a taxa de juros de 3,4% aa (três inteiros e quatro décimos por cento ao ano), conforme Resolução BACEN nº 3.842/2010.
V. Nos contratos de financiamento estudantil (FIES), inexiste ilegalidade na utilização da Tabela Price, desde que expressamente pactuada, eis que ela não implica, por si só, anatocismo.
IV. Permitida a cobrança de multa moratória e pena convencional de forma cumulada se contratualmente previstas, já que possuem finalidades distintas, sendo que a primeira é fruto da impontualidade, e a segunda busca reparar os lucros cessantes.
V. Apelação da parte autora parcialmente provida.

VI. Apelação da Caixa Econômica Federal não provida.
(AC 00071502520094036102, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/07/2017..FONTE_REPUBLICACAO:.)

ADMINISTRATIVO. FIES. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO PARA FINANCIAMENTO ESTUDANTIL. APLICAÇÃO DO CDC. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. TABELA PRICE. JUROS DO CREDUC. INAPLICABILIDADE. MULTA MORATÓRIA E PENA CONVENCIONAL. CLÁUSULA MANDATO. LEGALIDADE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA E CORREÇÃO PELA TR. INAPLICABILIDADE. CONCESSÃO DE AJG. MANUTENÇÃO.
(...)
3. Não é abusiva a observância do artigo 6º da Resolução nº 2.647/22.09.1999, do CMN, que, para os contratos relativos ao FIES, prescreve a possibilidade de capitalização mensal de juros, desde que observada a limitação anual de juros de 9%, também prevista naquele mesmo dispositivo legal. Pelo mesmo motivo, não há falar em incidência da Súmula 121 do STJ.
4. É inaplicável a legislação do CREDUC nos processo relativos ao FIES.
5. A multa moratória e a pena convencional possuem finalidades distintas, não sendo vedada sua cobrança de forma cumulada.
6. É cabível a incidência da Cláusula Mandato como garantia de adimplemento da obrigação assumida.
7. Inexistindo previsão contratual, bem como prova de sua eventual incidência, descabe falar em cobrança de comissão de permanência e correção pela TR nos contratos do FIES.
(TRF 4, AC 200871080084555, Rel. Des. Fed. JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, D.E. 14/10/2009) (grifos nossos)

Em relação ao prolongamento do prazo para amortização, entendo que a razão também está com a apelante, eis que caberia à CEF estudar a pertinência de tal ato, ponderando a conveniência do acordo entabulado com a parte devedora. Ou seja, não se trata de imposição legal e automática. Neste sentido:

DIREITO CIVIL. AÇÃO REVISIONAL. FINANCIAMENTO ESTUDANTIL. PRAZO DE AMORTIZAÇÃO.
1. Ao contrário do que pretende fazer acreditar, não há previsão contratual que ampare o pedido da apelante. Em verdade o item 5.1 do contrato prevê a hipótese de prorrogação do período de utilização dos recursos financeiros, mas não da amortização do débito.
2. Não obstante a Resolução FNDE nº 3 de 20/10/2010 (com amparo legislativo do artigo 5º-A da Lei nº 10.260/01) preveja a possibilidade do alongamento de prazo para a amortização das prestações relativas ao FIES, inclusive para os contratos inadimplentes, não se trata de benefício de aplicação automática, uma vez que o mesmo texto normativo vinculou a concessão de tal benefício à observância de requisitos indispensáveis.
3. Assim, é possível concluir que compete exclusivamente à CEF proceder à análise e autorização para a alteração contratual, resguardado não só os interesses do FIES e do próprio financiado, mas também do fiador do contrato originário que assumiu encargos que agora se pretendem alterar.
4. Em se tratando de ato administrativo discricionário, não compete ao judiciário se sobrepor ao poder executivo, remensurando os requisitos da conveniência e oportunidade que àquela entidade compete decidir e avaliar, não havendo, até onde se tem notícia, qualquer indício de prática de ilegalidade que autorize intervenção judicial.
5. Apelação improvida.
(AC 00116318720074036106, DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/02/2017..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. EMBARGOS. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO PARA FINANCIAMENTO ESTUDANTIL - FIES.
I. Preliminar rejeitada.
II. Da análise do inciso II do artigo 5º da Lei nº 10.260/2001, das alterações feitas pela Lei nº 12.202/2010 e das Resoluções do BACEN - Banco Central do Brasil 2.647/1999, 3.415/2006, 3.777/2009 e 3.842/2010, conclui-se que, para os contratos celebrados no âmbito do FIES até 30.06.06, a taxa de juros é de 9% ao ano; para os contratos celebrados a partir de 01.07.06, a taxa é de 3,5% ao ano para os cursos de licenciatura, pedagogia, normal e tecnologias, e de 6,5% ao ano para os demais cursos; para os contratos celebrados a partir de 22.09.09, a taxa de juros é de 3,5% ao ano; e para os contratos celebrados a partir de 10.03.10, a taxa de juros é de 3,4% ao ano.
III. Saliente-se que, a partir de 15.01.10, quando entrou em vigor a Lei nº 12.202/2010, a redução dos juros se estende aos saldos devedores de todos os contratos, ainda que firmados anteriormente. Assim, para todos os contratos celebrados no âmbito do FIES, ainda que anteriores à 15.01.10, a partir dessa data aplica-se a taxa de juros de 3,5% ao ano e, a partir de 10.03.10, a taxa de juros de 3,4% ao ano. Aplicam-se também eventuais reduções da taxa de juros que venham a ser determinadas pelo CMN.
VI. Quanto ao pleito de dilação de prazo para amortização, observo que não cabe ao Poder Judiciário intervir nesta questão, ante a ausência de comprovação de irregularidade.
V. É legítima a inscrição do nome do mutuário inadimplente nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito. VII. Matéria preliminar rejeitada. Apelo dos embargantes improvido e Recurso da CEF parcialmente provido.
(AC 00250789220094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/06/2016..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Por fim, sem razão a CEF quando se insurge contra o deferimento da assistência judiciária gratuita. A própria presença da Defensoria Pública atuando em prol da apelada, tendo esta sido devidamente citada, já demonstra sua hipossuficiência ou pobreza no sentido da lei. Não bastasse, inexiste nos autos prova que coloque em dúvida a situação financeira da devedora.

Diante do exposto, *dou parcial provimento* ao recurso para fazer incidir sobre as prestações vencidas, pagas ou não, a partir de 14.01.2010, taxa de juros 3,5%, e a partir de 10.03.2010, taxa de juros de 3,4% a.a., excluindo ainda a capitalização mensal de juros, bem como para permitir a cobrança de multa moratória e pena convencional de forma cumulada, e ainda para afastar a alteração do prazo de amortização.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL
0001230-12.2014.4.03.6000
(2014.60.00.001230-9)

Agravante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL - UFMS
Apelada: ROSALINE DE PAULA DOS SANTOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO
Classe do Processo: Ap 2091722
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/04/2018

EMENTA

ADMINISTRATIVO - AGRAVO INTERNO - CURSO SUPERIOR - COTAS - FATO CONSUMADO - INSTITUIÇÃO FILANTRÓPICA - INTERPRETAÇÃO.
1. Discute-se a aplicabilidade do benefício de cotas de ingresso em curso superior. A superveniente não-renovação de matrícula não prejudica a análise.
2. O tema do fato consumado não tem fundamento jurídico: Supremo Tribunal Federal, RMS 23793, Ministro Moreira Alves.
3. A reserva de vagas é destinada aos estudantes "que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas". A interpretação extensiva da norma implicaria indevida ampliação do benefício legal.
4. O caráter filantrópico ou paraestatal da instituição de ensino médio não afasta a conclusão.
5. Agravo interno 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 interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de março de 2018.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO (Relator):

Trata-se de agravo interno interposto contra decisão que deu provimento à apelação e ao reexame necessário.

A autora, ora agravante (fls. 157/169), pretende viabilizar a matrícula em curso superior, pelo sistema de cotas, para alunos do ensino público, nos termos do artigo 1º, da Lei Federal nº 12.711/12.

Argumenta com a teoria do fato consumado.

Contrarrazões (fls. 171/176), em que a agravada informa que a agravante não teria realizado a renovação de matrícula do segundo semestre do ano letivo de 2015.

Requer o não conhecimento do agravo ou ainda o desprovimento do recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO (Relator):

As preliminares não tem pertinência.

No caso concreto, discute-se a aplicabilidade do benefício de cotas de ingresso em curso superior.

A superveniente não-renovação de matrícula não prejudica a análise.

O tema do fato consumado não tem fundamento jurídico: *Supremo Tribunal Federal, RMS 23793, Ministro Moreira Alves*:

> Com base em ter sido aprovado nesse XV Curso de Formação, pretende o recorrente que seja nomeado para o cargo de Delegado com base na aplicação da denominada "teoria do fato consumado".
> Também a esse respeito não tem ele razão.
> Com efeito, em decisões desta Primeira Turma (assim, no EDRE 190.664 e nos RMS´s 23.638 e 23.593), rejeitou-se essa teoria, na linha da crítica por mim feita a ela no AG 120.893 (AgRg), "verbis":
> "Não desconheço que esta Corte tem, vez por outra, admitido - por fundamento jurídico que não sei qual seja - a denominação 'teoria do fato consumado', desde que se trate de situação ilegal consolidada no tempo quando decorrente de deferimento de liminar em mandado de segurança.
> Jamais compartilhei esse entendimento que leva a premiar quem não tem direito pelo fato tão só de um Juízo singular ou de um Tribunal retardar exagerada e injustificadamente o julgamento definitivo de um mandado de segurança em que foi concedida liminar, medida provisória por natureza, ou de a demora, na desconstituição do ato administrativo praticado por força de liminar posteriormente cassada, resultar de lentidão da máquina administrativa.
> Ora, admitir - como vezes tem feito esta Corte - que se mantenham situações de fato consolidadas no tempo de atraso da prestação jurisdicional não implica sustentar (o que este Tribunal jamais fez) que há direito adquirido à prestação de quaisquer situações de fato que, por qualquer motivo, se prolongaram no tempo. Para que haja direito adquirido se faz necessária a existência de um direito, o que, nesses casos, não ocorre a toda evidência".
> Ademais de tudo, o *Supremo Tribunal Federal*, nas *duas* Turmas, tem rejeitado a teoria do fato consumado: *RMS-AgR 23544 - Relator o Ministro Celso de Mello*:
> "*De outro lado*, os ora recorrentes, *ao enfatizarem* que 'já tomaram posse nos cargos, de forma precária', *em virtude* de provimentos judiciais de natureza cautelar, acentuam existir, em seu favor, 'uma situação consolidada, *que aconselha a aplicação da teoria do fato consumado*' (fls. 210 - grifei)".
> A União Federal, por sua vez, *ao contestar* essa pretensão, *assinala* que o Supremo Tribunal Federal "*não tem prestigiado a teoria do fato consumado*, assentando ser destituída de fundamento jurídico" (fls. 299 - grifei).

Esse *mesmo* entendimento foi igualmente perfilhado pela douta Procuradoria-Geral da República (fls. 315/316, *item n. 8* do parecer).
Tenho para mim, na linha de *recente* decisão emanada da Colenda Primeira Turma desta Suprema Corte (*RE 275.159* - SC, Rel. Min. ELLEN GRACIE), *que situações de fato*, geradas pela concessão de provimentos judiciais de caráter meramente provisório, *não podem revestir-se*, ordinariamente, *tractu temporis*, de eficácia jurídica que lhes atribua sentido de definitividade, compatível, *apenas*, com decisões favoráveis *revestidas* da autoridade da coisa julgada, *notadamente* nas hipóteses em que a pretensão deduzida em juízo esteja em conflito com a ordem constitucional, como ocorre na espécie destes autos.
Cabe registrar, *por relevante*, que esse entendimento *tem prevalecido* na mais *recente* jurisprudência firmada, no tema, *por ambas as Turmas* do Supremo Tribunal Federal, *como se vê* dos julgamentos - *a seguir referidos* - consubstanciados em acórdãos assim ementados:
"Não assiste, ao candidato reprovado em etapa eliminatória de concurso público, a pretensão de alcançar a segunda fase do mesmo, sob alegação da ulterior abertura de novo procedimento seletivo.
Assertiva, também infundada, de fato consumado , decorrente de concessão de liminar do mandado de segurança indeferido por decisão definitiva (cfr. Acórdão no Agravo nº 120.893 - AgRg)."
(*RTJ 176/263*, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, *Primeira Turma, - grifei*).
"A CONCESSÃO DE LIMINAR MANDAMENTAL NÃO BASTA, SÓ POR SI, PARA GARANTIR, EM CARÁTER DEFINITIVO, A NOMEAÇÃO E A POSSE EM DETERMINADO CARGO PÚBLICO.
A mera concessão de liminar mandamental - *consideradas* as notas de *transitoriedade, cautelaridade, provisoriedade* e *instabilidade* que tipificam esse provimento judicial - *não basta*, só por si, *em face* de sua *evidente* precariedade, para assegurar, *em caráter permanente*, a nomeação *e* a posse em determinado cargo público, *pois* tais atos administrativos, *quando* vindicados em sede judicial, *somente* se revelam compatíveis com a *definitiva* prolação de ato sentencional favorável. *Precedentes*."
(RMS 23.636 - DF (AgRg), Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma).
"Recurso ordinário de mandado de segurança.
- Improcedência da aplicação ao caso da denominada 'teoria do fato consumado'. Teoria, aliás que tem sido rejeitada por esta 1ª Turma.
Recurso ordinário *a que se nega* provimento."
(RMS 23.593 - DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, *Primeira Turma - grifei*).
"*A aprovação* na primeira etapa, conforme estabelecido no edital, *não confere* aos candidatos direito de participar do curso de formação, *se não classificados* dentro do número de vagas previsto.
Liminar que determina a participação dos impetrantes na segunda etapa do novo concurso público, cujo resultado final é publicado quando já verificada a caducidade do concurso anterior. Hipótese em que não se caracteriza a quebra da ordem classificatória.
fato consumado inexistente diante da denegação do mérito da ordem liminarmente concedida.
Recurso *não* provido."
(RMS 23.693 - DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma - grifei).

No mérito, a Lei Federal nº 12.711/12:

Art. 1º. As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

A reserva de vagas é destinada aos estudantes "*que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas*".

A interpretação extensiva da norma implicaria indevida ampliação do benefício legal.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. VIABILIDADE. SISTEMA DE COTAS. REQUISITOS. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. IMPOSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO CONHECIMENTO.
> 1. Nos termos do art. 255, § 4º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça e da Súmula 568 desta Corte, é franqueado ao relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema, estando o princípio da colegialidade preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados. Precedentes.
> 2. A jurisprudência de ambas as Turmas de Direito Público do STJ firmou-se no sentido de que as normas que estabelecem os requisitos exigidos para o ingresso em universidade por meio do sistema de cotas não podem ser interpretadas extensivamente, sob pena de desvirtuar a própria ação afirmativa. Precedentes.
> 3. Hipótese em que o Tribunal de origem assentou que a agravante não preenche o requisito de ter realizado todo o ensino fundamental e médio em escolas públicas, estabelecido pela universidade para ingresso de aluno cotista.
> 4. Não comporta conhecimento a alegação de divergência jurisprudencial quando o acórdão recorrido encontra-se alinhado à orientação deste Tribunal Superior. Precedentes.
> 5. Agravo interno desprovido.
> (STJ, AgInt no REsp 1336037 / RS, PRIMEIRA TURMA, Ministro GURGEL DE FARIA, DJe 06/02/2017).

> ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. MATRÍCULA. SISTEMA DE COTAS. ALUNO ORIUNDO DE ENTIDADE FILANTRÓPICA. EQUIPARAÇÃO A ALUNO DE ESCOLA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.
> 1. O cerne da questão consiste em verificar se a parte autora possui direito ou não à matrícula em curso superior na Universidade Federal do Piauí em vaga destinada ao sistema de cotas, por ter estudado o ensino médio em "instituição de ensino de natureza filantrópica que prestam serviço sem caráter oneroso e atendendo a população carente têm direito a matrícula pelo sistema de cotas" (fl. 129, e-STJ).
> 2. O Tribunal de origem, utilizando-se de interpretação teleológica do art. 1º da Lei 12.711/2012 equiparou a instituição de natureza privada à instituição pública em consideração ao seu caráter filantrópico e ao seu objetivo de garantir educação à parcela da população de baixa renda.
> 3. "Verifica-se que a orientação adotada pelo Tribunal de origem contraria a jurisprudência desta Corte, de que as normas que regulam o sistema de reserva de vagas e impõem como critério a realização do ensino fundamental e médio exclusivamente em escola pública não podem ser interpretadas extensivamente para abarcar instituições de ensino particulares, sob pena de inviabilizar o fim buscado por meio da ação afirmativa." (AgRg no REsp 1.472.572/PB, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2014).
> 4. Recurso Especial provido.
> (STJ, REsp 1611470 / PI, SEGUNDA TURMA, Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 06/10/2016).

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SISTEMA DE COTAS. PARTE DO ENSINO MÉDIO CURSADA NA REDE PARTICULAR DE ENSINO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE SITUAÇÕES SUBJETIVAS PELO PODER JUDICIÁRIO.

1. Nas situações regidas pelo Código de Processo Civil de 1973, não há falar em ofensa a seu art. 535, II, quando o acórdão oferece fundamentação clara e suficiente à solução da controvérsia.
2. No caso concreto, o próprio aluno agravante que pretende concorrer pelo sistema de cotas afirma que, não tendo condições financeiras de frequentar colégio particular de boa qualidade, cursou os primeiros anos do ensino médio em colégio particular de baixa qualidade, concluindo, por fim, o último ano do ensino médio na rede pública de ensino.
3. Segundo o art. 53 da LDB, o modo de implementação das ações afirmativas no âmbito universitário é reservado à autonomia das universidades, não comportando, pois, a ingerência do Poder Judiciário. Logo, não compete ao Poder Judiciário criar exceções subjetivas em meio às regras criadas pelas universidades. Agravo interno improvido.
(STJ, AgInt no REsp 1588776 / PB, SEGUNDA TURMA, Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 25/05/2016).

No caso concreto, a impetrante cursou o ensino básico na rede pública e, o médio, em instituição privada (fls. 31).

O caráter filantrópico ou paraestatal da instituição de ensino médio não afasta a conclusão aqui adotada.

Por tais fundamentos, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL
0000759-79.2017.4.03.6100
(2017.61.00.000759-7)

Parte Autora: FROILAN ANDRADE QUIROZ
Parte Ré: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA
Classe do Processo: ReeNec 371111
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/05/2018

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISENÇÃO DE TAXA PARA RENOVAÇÃO DE CARTEIRA DE IDENTIDADE DE ESTRANGEIRO. POSSIBILIDADE. COMPROAVADA HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. NOVA LEI DA MIGRAÇÃO.
1. De acordo com o art. 5º, *caput*, da CF aos estrangeiros residentes no país são assegurados os mesmos direitos fundamentais que o nacional, ressalvados direitos não fundamentais decorrentes da cidadania.
2. Denota-se que o benefício da gratuidade na obtenção de determinados documentos pessoais e certidões é dirigido aos reconhecidamente pobres, não fazendo a Constituição Federal distinção acerca da nacionalidade de quem ostenta tal condição, conforme se verifica nos incisos XXXIV, LXXVI e LXXVII do art. 5º da CF.
3. Exigir do estrangeiro que foi vítima de um crime em território nacional (furto) o pagamento de taxas com as quais não consegue arcar ofenderia sua dignidade humana, já que o documento é indispensável para o exercício de direitos fundamentais como a educação, o trabalho, o transporte e a saúde.
4. Ademais, a Lei nº 13.445/2017 (Lei da Migração) tornou expressa a isenção de taxas para expedição de documento de identificação quando o estrangeiro se encontrar em situação de hipossuficiência econômica, conforme dispõe o art. 113, § 3º,
5. É de se ressaltar que o impetrante comprovou sua situação de hipossuficiência econômica, uma vez que sua renda estava comprometida com as despesas por ele apresentadas, bem como por estar representado pela Defensoria Pública.
6. 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, 21 de março de 2018.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de mandado de segurança impetrado por *Froilan Andrade Queiroz* em face do Delegado da Polícia Federal de Controle de Imigração de São Paulo, objetivando a isenção de taxa para a renovação do documento de Registro Nacional de Estrangeiro RNE, em virtude da hipossuficiência econômica.

Aduz o impetrante ser natural da Bolívia e que ao solicitar a renovação de documento de identificação de estrangeiro em território nacional a autoridade impetrada se negou a expedi-la sem o prévio pagamento do montante de R$ 502,78, sendo que esse valor é impossível de ser pago diante dos quadros de dificuldades financeiras pelas quais passa.

Liminar deferida às fls. 33/36 para dispensar a impetrante do pagamento das taxas devidas no processo de regularização migratória no país. Dessa decisão foi interposto agravo de instrumento pela União o qual foi deferido o pedido de efeito suspensivo (fls. 88/90).

Por meio de sentença, o MM Juízo *a quo* (fls. 55/58) julgou procedente a ação, concedendo a segurança para determinar que a autoridade impetrada receba e processe o pedido de emissão de segunda via da Cédula de Identificação de Estrangeiro do impetrante independentemente de pagamento de quaisquer taxas. Sem condenação em honorários advocatícios a teor da Súmula 512 do STF.

Sem recursos voluntários, os autos foram remetidos a esta E. Corte por força da remessa oficial.

O Ministério Público Federal, em seu parecer (fls. 67/68), opina pelo desprovimento da remessa oficial.

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

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

A sentença merece ser mantida.

Relata o impetrante que, ao requerer a 2ª via da cédula de identidade de estrangeiro, após ter sido furtado, foi informado que para sua regularização deveria pagar taxas no valor de R$502,78, porém não teria condição financeira de fazê-lo sem o comprometimento de seu sustento, uma vez que é aposentado por invalidez e sua renda, no valor de um salário mínimo (R$880,00, fls. 19), está comprometida com a compra de remédios, além de despesas com alimentação e sublocação de um quarto no valor de R$500,00 mensais (fl. 03 e 19).

O *caput* do art. 5º da Carta Magna assim dispõe:

> 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.

De acordo com a citada norma, aos estrangeiros residentes no país são assegurados os mesmos direitos fundamentais que o nacional, ressalvados direitos não fundamentais decorrentes da cidadania.

Denota-se que o benefício da gratuidade na obtenção de determinados documentos pessoais e certidões é dirigido aos reconhecidamente pobres, não fazendo a Constituição Federal distinção acerca da nacionalidade de quem ostenta tal condição, conforme se verifica nos incisos XXXIV, LXXVI e LXXVII do art. 5º da CF.

Assim, embora meu posicionamento fosse em sentido contrário, exigir do estrangeiro que foi vítima de um crime em território nacional (furto) o pagamento de taxas com as quais não consegue arcar ofenderia sua dignidade humana, já que o documento é indispensável para o exercício de direitos fundamentais como a educação, o trabalho, o transporte e a saúde.

Ademais, a Lei nº 13.445/2017 (Lei da Migração) tornou expressa a isenção de taxas para expedição de documento de identificação quando o estrangeiro se encontrar em situação de hipossuficiência econômica, conforme dispõe o art. 113, § 3º, *in verbis*:

> Art. 113. As taxas e emolumentos consulares são fixados em conformidade com a tabela anexa a esta Lei.
> § 3º Não serão cobrados taxas e emolumentos consulares pela concessão de vistos ou para a obtenção de documentos para regularização migratória aos integrantes de grupos vulneráveis e indivíduos em condição de hipossuficiência econômica.

Com efeito, denota-se que a nova lei revogou o antigo Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980) que estabelecia as taxas para emissão do documento de identificação em seu art. 33, parágrafo único.

É de se ressaltar que o impetrante comprovou sua situação de hipossuficiência econômica, uma vez que sua renda estava comprometida com as despesas por ele apresentadas, bem como por estar representado pela Defensoria Pública.

Desse modo, deve ser mantida a r. sentença que afastou a cobrança da taxa para a renovação da cédula de identidade do impetrante, em virtude do nova Lei da Migração, do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

Nesse mesmo sentido, colaciono julgado desta E. Corte:

> ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. CÉDULA DE IDENTIDADE DE ESTRANGEIRO. EXPEDIÇÃO. GRATUIDADE. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO IMPROVIDAS.
> 1. O artigo 5º, LXXVI, da Constituição Federal dispõe que "são gratuitas as ações de habeas-corpus e habeas-data, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania".
> 2. A Cédula de Identidade de estrangeiro sendo um documento de essencial importância para o exercício da cidadania, conclui-se que o inciso supracitado autoriza a sua expedição de forma gratuita na hipótese de a pessoa não ter condições de pagar, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.
> 3. A Cédula de Identidade de estrangeiro constitui documento que identifica o estrangeiro perante a sociedade e possibilita o exercício de praticamente todos os atos da vida civil, não sendo razoável condicionar a sua emissão ao recolhimento de taxa naquelas hipóteses em que ficar demonstrada a hipossuficiência econômica do requerente. Precedentes.
> 4. No presente caso, comprovada a hipossuficiência do impetrante, inclusive estando representada nestes autos pela Defensoria Pública da União, fica afastada a cobrança da taxa e/ou multa para a renovação da cédula de identidade de estrangeiro, em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.
> 5. Remessa Oficial e Apelação improvidas.

(TRF 3ª Região, AMS 0025753-45.2015.4.03.6100, Sexta Turma, Rel. Juiza Convocada Leila Paiva, j. 22.09.2016, e-DJF3 Judicial 1 04.10.2016).

DIREITO CONSTITUCIONAL. CARTEIRA DE REGISTRO DE ESTRANGEIRO. DIREITO BÁSICO À IDENTIDADE E INDIVIDUALIDADE. RISCO DE CLANDESTINIDADE E MARGINALIDADE JURÍDICA. TAXAS DE EMISSÃO. DIREITO À GRATUIDADE PELA HIPOSSUFICIÊNCIA E VULNERABILIDADE SOCIAL. DEFESA BASEADA EM FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO POSTULADO. INEXISTÊNCIA DA RESPECTIVA PROVA. SENTENÇA CONFIRMADA.
1. Embora impugnado o relatório social, com base no qual o direito foi postulado, sob a alegação de que pesquisa, em banco de dados do Ministério da Fazenda, indicaria a existência de CNPJ, nome e endereço comercial em favor do autor, a defesa da ré não tem lastro em prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito postulado e, assim, inviável o acolhimento de sua pretensão.
2. Ainda que tivesse sido produzida tal prova, resta claro, de todo modo, que o exercício de atividade como a de comerciante viário - conforme licença que possuía e foi cassada no Município de Santos/SP, onde, segundo a apelante, não mais residiria, em razão de situação cadastral que remete ao Município de São José dos Campos/SP -, não seria capaz de provar a suficiência econômica, nem elidir a vulnerabilidade social atrelada às circunstâncias pessoais do autor, seja porque estrangeiro ou idoso, seja porque portador de deficiência em membro inferior.
3. Irrelevante, por sua vez, a afirmação de que assistente social não tem habilitação legal para produzir diagnóstico médico, pois não é disto que se tratou no relatório social juntado aos autos, que se limitou a descrever situação de fato, perceptível e que não exige conhecimento técnico nem significa o exercício ilegal de profissão, por se tratar de relato vinculado à descrição de situação social, feito em atenção a pedido da Defensoria Pública da União que, inclusive, atuou em sua defesa processual, justamente por conta de tal hipossuficiência econômica e social.
4. A prova dos autos, ao contrário do alegado pela apelante, existe e ampara a pretensão deduzida, tal qual acolhida pela sentença que nada mais fez do que reconhecer que, para além da pretensão fiscal do Estado à satisfação de taxa para a prestação de serviço público, o que existe a ser tutelado, em razão de sua supremacia no cotejo constitucional, é o direito básico à identidade e à individualidade, contra os riscos e danos da clandestinidade e da marginalidade jurídica, a ser assegurado mediante emissão de registro de estrangeiro para o gozo de outros direitos fundamentais, sem que possa tal exercício ser obstado pela exigência de taxas, uma vez que esteja provada, como na espécie, a hipossuficiência e a vulnerabilidade econômica e social do autor, com base em laudo social, cujo teor, informação e veracidade não logrou a ré elidir ou desconstituir, tal qual necessário, em se tratando de alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito postulado.
5. Desprovimento da apelação e da remessa oficial.
(TRF 3ª Região, Terceira Turma, APELREEX 0003344-92.2013.4.03.6311, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, j. 28.01.2016, e-DJF3 Judicial 1 01.02.2016) .

Ante o exposto, *nego provimento* à remessa oficial.

É como voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

APELAÇÃO
5000302-05.2017.4.03.6118

Apelante: FÁTIMA MARIA SILVA
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/04/2018

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. RESTABELECIMENTO DE PENSÃO DE FILHA MAIOR SOLTEIRA. LEI Nº 3.373/1958.
- Nos termos do artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, o mandado de segurança exige, para a sua concessão, que o direito tutelado seja líquido e certo, vale dizer, apresente-se "manifesto na sua existência, delimitado em sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração", em razão de que o rito especialíssimo do mandado de segurança não comporta dilação probatória, devendo todos os elementos de prova acompanhar a petição inicial. Se depender de comprovação posterior, não será considerado líquido e certo para fins de mandado de segurança.
- Aduz a impetrante, em síntese, que é beneficiária de Pensão Civil, nos termos da Lei nº 3.373/58, instituída por seu genitor, o ex-servidor José Antônio da Silva, falecido em 09 de novembro de 1974, e que, após sindicância instaurada, na qual restou apurado que a mesma viveu em união estável, o que, em tese desnaturaria a condição de filha maior solteira, foi cancelada a sua pensão.
- Alega, ainda, que no presente recurso impugnou-se tão-somente a legalidade do ato de cancelamento do benefício e, na causa de pedir, em nenhum momento houve referência ao fato concreto de a apelante ter vivido, ou não, em união estável, tratando-se, *in casu*, de matéria exclusivamente de direito.
- Não tendo a impetrante questionado o pressuposto de fato que lastreou a decisão administrativa impugnada, realmente não há óbice ao presente *writ*, pois a controvérsia se resume em decisão sobre a legalidade do enquadramento da condição jurídica de estado civil da impetrante para fins de obtenção do benefício pleiteado.
- Competindo ao tribunal julgar desde logo a demanda, nos termos do art. 1.013, §3º, inc. I, do NCPC, se a causa estiver em condições de imediato julgamento, como na espécie, passo a sua análise.
- A impetração não merece acolhimento.
- Quanto à alegação de prazo decadencial para que a administração reveja o ato, é necessário que se atente que não se está discutindo nos autos a legalidade da concessão da pensão, mas de sua manutenção. É certo que a pensão é temporária e não vitalícia, nos termos do parágrafo único do art. 5º da Lei 3.373/1958, bem como que o pagamento da pensão por morte é obrigação de trato sucessivo, de modo que o seu pagamento não se esgota em uma única prestação, mas renova-se mês a mês.
- Não há falar-se em impossibilidade de a administração pública suspender o pagamento se não mais preenchidos os requisitos legais, com a posterior alteração do estado civil da beneficiária.
- A Lei nº 3.373/58, que rege os requisitos necessários à concessão da benesse em

epígrafe, exige que a beneficiária seja "filha solteira", ou seja, prevê a perda de qualidade de beneficiária à filha que obtiver o estado civil de casada ou viúva, situações em que a filha não é mais considerada solteira, o mesmo devendo-se aplicar quando se reconhece que a filha veio a estabelecer a união estável, instituto que em tudo se assemelha à condição de casamento (excluído apenas o vínculo matrimonial), de qualquer forma descaracterizando a condição de "solteira".
- Embora a legislação reguladora da pensão militar não previsse a situação jurídica de "união estável", posto que à época em que editada o próprio sistema constitucional e legal era outro, é fato que as condições sociais sofreram profundas modificações desde então, sobrevindo a promulgação de uma nova Constituição da República em 1988, com introdução de modificações no ordenamento legal, sendo que tais alterações normativas podem e devem ser consideradas na interpretação das relações jurídicas reguladas pela legislação anterior, recepcionada pela nova ordem constitucional, o que pode gerar significativos reflexos nos direitos em geral.
- A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, passou a prever e a assegurar efeitos jurídicos à condição de união estável, assemelhada a uma "entidade familiar"
- O Código Civil de 2002 estabelece, em seu artigo 1.723, que a união estável corresponde a uma entidade familiar entre o homem e a mulher, exercida contínua e publicamente, semelhante ao casamento. O diploma civil, inclusive, dispõe que se aplica, no que couber, o regime de comunhão parcial de bens (art. 1.725).
- É correto o entendimento de que a união estável equipara-se em tudo à condição de casada, surtindo efeitos jurídicos sobre o regime de bens entre os companheiros, dependência econômica para fins de pensão alimentícia ou previdenciária, guarda de filhos etc., e, inclusive, permitindo a interpretação de que a união estável afasta a condição de "solteira", que é pressuposto para percepção da pensão por morte de militar, conforme jurisprudência retro colacionada.
- Resta expressamente afastada a alegação de que tal interpretação violaria a lei instituidora da pensão militar ou a Lei 6.015/76 (Lei dos Registros Públicos) ao argumento de que tais diplomas legais não contemplam referida situação jurídica, posto que, como assentado acima, o superveniente regime constitucional e a legislação posteriormente editada passou a regular a situação jurídica do estado civil das pessoas de forma diferenciada, impondo-se emprestar nova leitura à legislação anterior para compatibilizá-la com o novo regime constitucional e legal.
- Não vislumbro ilegalidade ou inconstitucionalidade na interpretação dada pelo recorrido aos requisitos trazidos pela Lei 3.373/58, quando procedeu revisão ao pagamento da pensão por morte à apelante, mediante a apuração de que a mesma esteve, durante período de sua vida, em situação de união estável, fato esse não impugnado ou debatido nesse *mandamus*, mesmo porque não seria sequer a via adequada para tal fim, como já dito anteriormente.
- A ordem ora pleiteada não merece ser concedida.
- Apelação interposta pela impetrante parcialmente provida, a fim de afastar a sentença extintiva e, no mérito, nos termos do art. 1.013, § 3º, inciso I, do NCPC/2015, denegada a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Segunda Turma decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação interposta pela impetrante , a fim de afastar a sentença extintiva e , no mérito , nos termos do art. 1013, §3º, inciso I, do NCPC, denegar a ordem., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de Abril de 2018.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de apelação interposta pela impetrante, FÁTIMA MARIA SILVA, nos autos de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Major Cezar Alessandro Ramos Duarte, objetivando provimento judicial que determine à autoridade impetrada o restabelecimento do benefício de pensão por morte, cessado administrativamente nos autos do processo administrativo nº EB 64082.004792/2016-8731.01.2014.

A r. sentença julgou extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC/2015, sob o fundamento de que inviável a via mandamental, uma vez que a questão controvertida demanda dilação probatória.

Irresignada, apelou a impetrante requerendo, em síntese, a concessão da ordem, com a reforma da sentença.

Com contrarrazões da União, subiram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em seu parecer, manifestou-se pelo desprovimento do recurso de apelação.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Nos termos do artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, o mandado de segurança exige, para a sua concessão, que o direito tutelado seja líquido e certo, vale dizer, apresente-se "manifesto na sua existência, delimitado em sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração", em razão de que o rito especialíssimo do mandado de segurança não comporta dilação probatória, devendo todos os elementos de prova acompanhar a petição inicial. Se depender de comprovação posterior, não será considerado líquido e certo para fins de mandado de segurança.

No presente caso, aduz a impetrante, em síntese, que é beneficiária de Pensão Civil, nos termos da Lei nº 3.373/58, instituída por seu genitor, o ex-servidor José Antônio da Silva, falecido em 09 de novembro de 1974, e que, após sindicância instaurada, na qual restou apurado que a mesma viveu em união estável, o que, em tese desnaturaria a condição de filha maior solteira, foi cancelada a sua pensão.

Alega, ainda, que no presente recurso impugnou-se tão-somente a legalidade do ato de cancelamento do benefício e, na causa de pedir, em nenhum momento houve referência ao fato concreto de a apelante ter vivido, ou não, em união estável, tratando-se, *in casu*, de matéria exclusivamente de direito.

Desse modo, não tendo a impetrante questionado o pressuposto de fato que lastreou a decisão administrativa impugnada, realmente não há óbice ao presente *writ*, pois a controvérsia se resume em decisão sobre a legalidade do enquadramento da condição jurídica de estado civil da impetrante para fins de obtenção do benefício pleiteado.

A sentença deve, portanto, ser reformada neste aspecto, para que a ação seja julgada em seu mérito.

Outrossim, competindo ao tribunal julgar desde logo a demanda, nos termos do art. 1.013, §3º, inc. I, do NCPC, se a causa estiver em condições de imediato julgamento, como na espécie, passo a sua análise.

Neste âmbito, todavia, a impetração não merece acolhimento.

De início, quanto à alegação de prazo decadencial para que a administração reveja o ato, é necessário que se atente que não se está discutindo nos autos a legalidade da concessão da pensão, mas de sua manutenção. É certo que a pensão é temporária e não vitalícia, nos termos do parágrafo único do art. 5º da Lei 3.373/1958, bem como que o pagamento da pensão por morte é obrigação de trato sucessivo, de modo que o seu pagamento não se esgota em uma única prestação, mas renova-se mês a mês.

Com isso, não há falar-se em impossibilidade de a administração pública suspender o pagamento se não mais preenchidos os requisitos legais, com a posterior alteração do estado civil da beneficiária.

Assim, afastada a prejudicial alegada, passo a análise do mérito.

A Lei nº 3.373/58, que rege os requisitos necessários à concessão da benesse em epígrafe, exige que a beneficiária seja "filha solteira", ou seja, prevê a perda de qualidade de beneficiária à filha que obtiver o estado civil de casada ou viúva, situações em que a filha não é mais considerada solteira, o mesmo devendo-se aplicar quando se reconhece que a filha veio a estabelecer a união estável, instituto que em tudo se assemelha à condição de casamento (excluído apenas o vínculo matrimonial), de qualquer forma descaracterizando a condição de "solteira".

Nesse sentido a jurisprudência desta Corte:

> PENSÃO. LEI VIGENTE À ÉPOCA DO ÓBITO DO INSTITUIDOR. FILHA SOLTEIRA MAIOR DE 21 ANOS. COMPROVAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PERDA DO ESTADO. IMPROCEDÊNCIA.
> 1. É necessário observar se subsiste o direito à pensão de filha solteira e maior de 21 anos, prevista em algumas disposições legais, à época da morte do instituidor. Por outro lado, é de se ponderar a eventualidade da perda do estado de solteira, em consequência da condição de união estável (TRF da 2ª Região, AC 200851010216981, Rel. Des. Fed. Fernando Marques, j. 15.12.10; AG n. 200402010134622, Rel. Des. Fed. Guilherme Calmon, j. 24.04.07; TRF da 5ª Região, AC n. 00040178320104058300, Rel. Des. Fed. Francisco Barros Dias, j. 01.02.11; AC n. 200981000102282, Rel. Des. Fed. Paulo Gadelha, j. 06.07.10)
> 2. Para além do direito da filha solteira perceber pensão temporária, nos termos do art. 5º, parágrafo único, da Lei n. 3.373, de 12.03.58, vigente à época do óbito, constata-se que a autora, habilitou-se a receber a pensão instituída por contribuinte, cujo óbito ocorreu em 05.02.00, na qualidade de companheira, restando incontroversa a perda do estado de solteira. Destaque-se, por oportuno, que em 17.09.98, a autora, na condição de titular de convênio

funerário, ter inscrito o companheiro como associado.
3. Reexame necessário e recurso do INSS providos, pedido julgado improcedente.
(APELREEX 00682443520004039999, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/08/2012)

Com efeito, embora a legislação reguladora da pensão militar não previsse a situação jurídica de "união estável", posto que à época em que editada o próprio sistema constitucional e legal era outro, é fato que as condições sociais sofreram profundas modificações desde então, sobrevindo a promulgação de uma nova Constituição da República em 1988, com introdução de modificações no ordenamento legal, sendo que tais alterações normativas podem e devem ser consideradas na interpretação das relações jurídicas reguladas pela legislação anterior, recepcionada pela nova ordem constitucional, o que pode gerar significativos reflexos nos direitos em geral.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, passou a prever e a assegurar efeitos jurídicos à condição de união estável, assemelhada a uma "entidade familiar", *verbis:*

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.
§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.
§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.
§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Seguindo nesta esteira, o Código Civil de 2002 estabelece, em seu artigo 1.723, que a união estável corresponde a uma entidade familiar entre o homem e a mulher, exercida contínua e publicamente, semelhante ao casamento. O diploma civil, inclusive, dispõe que se aplica, no que couber, o regime de comunhão parcial de bens (art. 1.725).

Assim, é correto o entendimento de que a união estável equipara-se em tudo à condição de casada, surtindo efeitos jurídicos sobre o regime de bens entre os companheiros, dependência econômica para fins de pensão alimentícia ou previdenciária, guarda de filhos etc., e, inclusive, permitindo a interpretação de que a união estável afasta a condição de "solteira", que é pressuposto para percepção da pensão por morte de militar, conforme jurisprudência retro colacionada.

Resta expressamente afastada, então, a alegação de que tal interpretação violaria a lei instituidora da pensão militar ou a Lei 6.015/76 (Lei dos Registros Públicos) ao argumento de que tais diplomas legais não contemplam referida situação jurídica, posto que, como assentado acima, o superveniente regime constitucional e a legislação posteriormente editada passou a regular a situação jurídica do estado civil das pessoas de forma diferenciada, impondo-se

emprestar nova leitura à legislação anterior para compatibilizá-la com o novo regime constitucional e legal.

Por tais motivos, não vislumbro ilegalidade ou inconstitucionalidade na interpretação dada pelo recorrido aos requisitos trazidos pela Lei 3.373/58, quando procedeu revisão ao pagamento da pensão por morte à apelante, mediante a apuração de que a mesma esteve, durante período de sua vida, em situação de união estável, fato esse não impugnado ou debatido nesse *mandamus*, mesmo porque não seria sequer a via adequada para tal fim, como já dito anteriormente.

Sendo assim, a ordem ora pleiteada não merece ser concedida.

Ante todo o exposto, *DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação interposta pela impetrante, a fim de afastar a sentença extintiva e, no mérito, nos termos do art. 1.013, § 3º, inciso I, do NCPC/2015, denegar a ordem.*

É o voto.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

Direito Constitucional



APELAÇÃO CÍVEL
0034549-11.2004.4.03.6100
(2004.61.00.034549-6)

Apelante: RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A E REDE MULHER DE TELEVISÃO LTDA.
Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, INSTITUTO NACIONAL DA TRADIÇÃO E CULTURA AFRO-BRASILEIRA - INTECAB, CENTRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E DA DESIGUALDADE - CEERT
Parte Ré: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Classe do Processo: Ap 2225237
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/04/2018

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SENTENÇA *EXTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA. CHAMADAS TELEVISIVAS. POSSIBILIDADE. DIREITO DE RESPOSTA COLETIVO. GARANTIA À LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA. SERVIÇO PÚBLICO DE RADIODIFUSÃO. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. PROGRAMA TELEVISIVO. CARÁTER PEJORATIVO E DISCRIMINATÓRIO. DESONRA. GRUPO RELIGIOSO OU CULTURAL. CONFIGURAÇÃO. MULTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTELATÓRIOS. POSSIBILIDADE. MULTA DIÁRIA. MEIO COERCITIVO. CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. RAZOABILIDADE. INQUESTIONÁVEL CAPACIDADE ECONÔMICA DOS OFENSORES. LEI Nº 13.188/2015. PROCEDIMENTO ESPECIAL. INAPLICABILIDADE ÀS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS EM CURSO.
1. Não prospera a alegação de que o julgamento seria *extra petita* por ter determinado a veiculação de chamadas para dar publicidade ao direito de resposta pretendido, uma vez que, concedendo o r. Juízo de origem um montante de carga horária substancialmente menor do que o requerido e tendo em vista que o intuito principal do direito de resposta é o de alcançar o maior número possível de telespectadores em âmbito nacional, mostra-se plenamente razoável e proporcional a fixação de chamadas televisivas conforme realizada na sentença.
2. Também sem razão a apelante quando assevera que a sentença deveria ser anulada uma vez que o r. Juízo *a quo* não teria fundamentado o *decisum*, mesmo após a oposição de dois embargos de declaração, uma vez que *ser a sentença extra petita não constitui hipótese de cabimento de Embargos de Declaratórios, a teor do art. 535 do CPC.*
3. *In casu*, o Ministério Público Federal, juntamente com duas associações civis, ajuizou a presente ação civil pública, objetivando garantir o direito de resposta coletivo às entidades afro-brasileiras diante de ofensas perpetradas em programas religiosos transmitidos pelas emissoras de televisão.
4. A Constituição Federal de 1988 sistematicamente em muitos de seus dispositivos protege o direito de crença, elevando-o à categoria de direito fundamental. Pode-se afirmar, assim, que os desdobramentos da garantia à liberdade religiosa prevista cons-

titucionalmente determinam a laicidade do Estado Democrático de Direito brasileiro.
5. Se houver desrespeito, agressão ou qualquer espécie de violência ao direito tutelado constitucionalmente, necessária se faz a intervenção estatal. Portanto, em um Estado laico como o Brasil, devem ser reprimidas as condutas que tendem à intolerância religiosa.
6. No Brasil, desde a previsão constitucional que assegura a livre manifestação do pensamento e o *direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*, os temas da liberdade de culto e de crença e os acontecimentos envolvendo intolerância religiosa têm suscitado discussões doutrinárias, acadêmicas, ativismos por grupos religiosos, matérias jornalísticas e judicialização, com posicionamentos do Judiciário a respeito.
7. Visando a salvaguardar a tolerância no que toca aos seus mais variados níveis, e levando em consideração a intensificação da violência, do racismo, da exclusão, da marginalização e da discriminação contra minorias nacionais, étnicas, religiosas e linguísticas, várias medidas foram implementadas, a exemplo, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), que aprovou, na Conferência Geral de Paris de 16 de novembro de 1995, a Declaração de Princípios sobre a Tolerância, assim como, em âmbito nacional, o Presidente da República sancionou a Lei nº 11.635, de 27 de dezembro de 2007, instituindo o Dia Nacional de Combate à Intolerância Religiosa, em 21 de janeiro.
8. Tanto o direito de resposta quanto a garantia à liberdade de consciência e de crença encontram suporte na Constituição (art. 5º, V e VI).
9. Ainda que se alegue que a exibição dos programas aqui questionados insere-se no uso da liberdade de expressão e crença, garantidas constitucionalmente, é certo que referidas garantias não são absolutas e devem, portanto, conviver em harmonia com as demais garantias constitucionais.
10. A execução do serviço público de radiodifusão, cuja titularidade é da União Federal, pode ser empreendida por um particular mediante concessão do Poder Público (art. 21, XII, "a", da Constituição), desde que, como em todo serviço público, seja respeitado o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, sendo defeso servir-se de emissora de televisão para desonrar um determinado grupo religioso ou cultural ou mesmo promover os seus próprios interesses privados em detrimento da coletividade.
11. Não restam dúvidas de que chamar "mães e pais de santo" de "mães e pais de encosto" tem um nítido caráter pejorativo e discriminatório, sendo fundamental o respeito e a preservação das manifestações culturais dos afrodescendentes, por fazerem parte do processo civilizatório nacional e merecerem, por essa razão, a tutela constitucional dispensada pelo art. 215, *caput* e § 1º, da Constituição da República.
12. O menosprezo às religiões afro-brasileiras, constrangendo seus adeptos e imputando-lhes expressões ofensivas, configura verdadeiro desrespeito à liberdade de crença, bem como à dignidade da pessoa humana.
13. Não prospera a pretensão de afastar a multa aplicada, com fulcro no art. 538, parágrafo único, primeira parte, do CPC/1973, em vigor à época, uma vez que, ausentes os requisitos legais para oposição de embargos de declaração, estes devem ser considerados protelatórios, inexistindo desproporcionalidade na fixação da multa em 1% (um por cento) sobre o valor da causa.
14. Absolutamente viável a imposição de multa diária às apelantes como meio coercitivo para o cumprimento de obrigação de fazer, não se mostrando excessivo o valor

fixado no importe de R$ 500.000,00, eis que amparado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando em consideração a inquestionável capacidade econômica dos ofensores, bem como o objetivo de que seja regularmente adimplida a obrigação que lhes foi imposta.

15. Muito embora a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), ao dispor sobre a vigência das leis, enuncie em seu art. 6º que *a Lei em vigor terá efeito imediato e geral*, a Lei nº 13.188/2015 criou uma ação de rito especial a qual deve ser processada no prazo máximo de 30 dias, não sendo possível a aplicação das regras nela estabelecidas à presente demanda, mesmo porque se trata de uma ação civil pública em curso, cujo rito é próprio e regulado pela Lei nº 7.347/1985.

16. Apelações improvidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 05 de abril de 2018.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Trata-se de apelações em ação civil pública, com pedido de tutela antecipada, ajuizada pelo Ministério Público Federal, Instituto Nacional de Tradição e Cultura Afro-Brasileira (INTECAB) e Centro de Estudos das Relações de Trabalho e da Desigualdade (CEERT) em face da Rede Record de Televisão e da Rede Mulher de Televisão, objetivando a condenação das rés na obrigação de fazer consistente em colocar à disposição das associações autoras estúdio e estrutura pertinentes, bem como pessoal de apoio necessário à gravação e exibição de 30 (trinta) programas televisivos a título de direito de resposta coletivo, com duração de duas horas cada, a serem exibidos em 30 (trinta) dias consecutivos, no horário das 21 às 23 horas, devendo essa exibição, pelas emissora-rés, iniciar-se no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis após a intimação da decisão respectiva, sob pena de multa diária no valor de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), alegando que as religiões afro-brasileiras vêm sofrendo constantes agressões em programas veiculados pelas emissoras-rés, o que é vedado pela Constituição da República.

Foi atribuído à causa o valor de R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

O pedido de tutela antecipada foi parcialmente deferido para garantir o direito de resposta coletivo às associações autoras, determinando-se que as rés fornecessem todo o apoio técnico e material necessário para a produção e gravação de um único programa, com duração de uma hora, para exibição, por elas, durante 7 (sete) dias, nos mesmos horários dos programas tidos como ofensivos, cujas exibições deveriam ser precedidas de chamadas pelas próprias emissoras aos seus telespectadores, tudo sob pena de multa (fls. 275/286).

Em face da referida decisão as rés interpuseram o agravo de instrumento nº

2005.03.00.028432-0 (fls. 494/531), pleiteando a concessão de efeito suspensivo, o que foi indeferido por decisão de minha relatoria (fls. 536/539).

Inconformadas, as rés apresentaram a Medida Cautelar nº 10.117/SP perante o E. Superior Tribunal de Justiça, que deferiu o pedido *para sustar a execução do direito de resposta impugnado, fazendo-o, porém, tão-somente até que julgado o Agravo de Instrumento interposto perante a origem* (fls. 684/688).

Posteriormente, o referido agravo de instrumento foi desprovido por acórdão desta C. Sexta Turma (fls. 824/834), tendo o Desembargador Federal Lazarano Neto apresentado questão de ordem, que foi por mim acolhida, conforme Declaração de Voto (fl. 808), para declarar nulo o julgado em razão da manifestação oral do *Parquet* Federal em agravo de instrumento, mas mantendo o desprovimento do recurso (fls. 809/819).

Instadas as partes a especificarem as provas a serem produzidas (fl. 649), o Ministério Público Federal requereu a produção de prova testemunhal, com designação de audiência de tentativa de conciliação (fls. 661/662), o que ocorreu no dia 28/11/2005 (fl. 720), não logrando, contudo, êxito (fl. 756).

O r. Juízo *a quo* julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI do CPC/1973, quanto à União Federal, remetendo os autos à Justiça Criminal Estadual, por considerar ter o direito de resposta natureza penal (fls. 1.661/1681).

Distribuídos os autos à 11ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, este suscitou Conflito de Competência perante o E. Superior Tribunal de Justiça (fls. 1.950/1.956), o qual declarou compete o Juízo Federal (fls. 2.015/2.017).

O r. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, extinguindo o processo, com resolução de mérito, com fulcro no art. 269, I, do CPC1973, para condenar as rés *a produzir, cada uma delas, 4 (quatro) programas de televisão, com duração mínima de uma hora, cada, a título de DIREITO DE RESPOSTA às religiões de origem africana, em razão das ofensas contra elas proferidas pelas rés no Programa "Mistérios" e quadro "Sessão de Descarrego", conforme mencionado na petição inicial deste feito, bem como a exibir tais gravações. Para a produção dos programas e suas respectivas gravações, as rés empregarão seus respectivos espaços físicos, equipamentos e pessoal técnico. Cada um dos 4 (quatro) programas serão exibidos em duas oportunidades, em cada emissora (totalizando oito exibições por emissora ré), em horários correspondentes àqueles em que exibidos os programas em que praticadas as ofensas. As exibições dos programas deverão observar intervalo de sete dias entre uma e outra, devendo cada exibição ser precedida de pelo menos 3 (três) chamadas aos telespectadores na véspera ou no próprio dia da exibição, uma pela manhã, outra no período da tarde e outra nas primeiras horas do período noturno.* As rés foram condenadas ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa.

Na mesma sentença, foi deferido o pedido de tutela específica, *para que a presente decisão seja cumprida nos termos acima estabelecidos, de modo que a produção do primeiro programa deverá ocorrer dentro de 30 (trinta) dias e as exibições se iniciar em 45 dias, com término em 75 dias, tudo a contar da data da intimação desta sentença. Nos termos do artigo 461, § 4º, do Código de Processo Civil, fixo multa de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) por emissora por dia de atraso na produção ou exibição dos programas* (fls. 2.049/2.061).

Opuseram embargos de declaração a ré Rede Record (fl. 2.066/2.078), a ré Rede Mulher (fls. 2.079/2.085) e a parte autora CEERT (fls. 2.086/2.087), os quais foram parcialmente acolhidos para acrescentar ao dispositivo da sentença as seguintes determinações: *a) ABRANGÊNCIA DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE RESPOSTA: Os programas contendo as manifestações*

dos autores, a título do exercício do Direito de Resposta, deverão ser exibidos com a mesma abrangência territorial dos programas em que praticadas as ofensas reconhecidas pela sentença. b) PARÂMETROS PARA A PRODUÇÃO DOS PROGRAMAS A SEREM EXIBIDOS A TÍTULO DE DIREITO DE RESPOSTA: Os programas a serem exibidos a título de direito de resposta deverão priorizar um CONTEÚDO INFORMATIVO e CULTURAL conducente a esclarecer aspectos sobre a origem, tradições, organização, seguidores, divindades em que acreditam, rituais e outros elementos informativo-culturais relativos às religiões vilipendiadas pela programação que a decisão reconheceu como a elas ofensivas. Noutros termos, os programas a serem veiculados devem se orientar pelo propósito de "recompor a verdade", relativamente às distorções verificadas na programação considerada ofensiva, a respeito das religiões de origem africanas. Com esses parâmetros, anoto que eventuais ajustes serão feitos sob a supervisão do Ministério Público Federal, mediante controle judicial, na fase de cumprimento da tutela específica. c) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: Deixo de condenar as rés em honorários advocatícios, conforme fundamentação supra. d) CHAMADAS PARA O DIREITO DE RESPOSTA: As características das "chamadas" para a veiculação do direito de resposta devem ser as mesmas (padrão usual) daquelas de que se revestem as chamadas da emissora para uma sua (sic) programação especial, filme ou estreia, tanto no que toca à duração como à frequência de exibição nos diversos períodos da programação (fls. 2.104/2.114).

Opôs novos embargos de declaração a ré Rede Record (fl. 2.120/2.135), alegando omissão no que se refere: à fundamentação da decisão que determinou a veiculação de chamadas publicitárias, tendo em vista inexistir na inicial pedido equivalente; à manifestação acerca da ausência de proporcionalidade entre a ofensa e a resposta, uma vez que inexistia nos autos qualquer prova de ocorrência das chamadas publicitárias tidas como ofensivas; bem como a dispositivos da Lei nº 13.188, de 11 de novembro de 2015, que passou a dispor sobre o direito de resposta, antes de exaurido o exercício da Jurisdição.

Opôs também novos embargos de declaração a ré Rede Mulher (fls. 2.138/2.144), a fim de sanar a omissão quanto à fundamentação da decisão que deferiu o direito às chamadas comerciais, uma vez que, caso mantida, afrontará o princípio da proporcionalidade, que é inerente ao direito de resposta.

Os embargos de declaração não foram acolhidos, sendo fixada multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, a ser pago por cada uma das rés, em razão do evidente caráter protelatório (fls. 2.155/2.164).

Apelou a ré Record, pleiteando a reforma da r. sentença, para *(i) anular a sentença e todos os atos processuais ocorridos a partir da decisão de fls. 2047, reabrindo prazo para manifestação, por ser extra petita (...) ou (ii) reconhecer o cerceamento de defesa e anulando a sentença para determinar a fundamentação da decisão, ou ainda (ii) reformar in totum a decisão recorrido (sic) para julgar improcedente a demanda, vez que inexiste justa causa para a concessão de resposta a inespecíficas e indemonstradas ofensas ocorridas há mais de uma década (...), requerendo, subsidiariamente, o parcial provimento do recurso para (...) (iii) adequar a condenação aos preceitos da lei 13.188/2015, determinando a apresentação previa de texto da resposta e proibição da participação daqueles tidos por ofendidos na resposta; e (iv) excluir a condenação relativa a veiculação de chamadas publicitarias da veiculação da resposta, seja porque não foram sequer requeridas pelos Apelados, constituindo evidente julgamento extra petita, seja porque representam inegável violação do dever de proporcionalidade da resposta; e (v) reduzir a multa diária estabelecida pela sentença, nos termos do fundamentação, e, por fim (vi) reformar a decisão que considerou protelatórios os embargos declaratórios de fls. 2020/2035 para excluir a multa aplicada a este titulo* (fls. 2.170/2.221).

Apelou também a ré Rede Mulher, pleiteando a reforma da r. sentença, para que os pedidos sejam julgados improcedentes ou, subsidiariamente, seja rejeitada a veiculação das chamadas comerciais acerca do direito de resposta porquanto não constam da inicial, caracterizando-se sentença *extra petita*; sejam cassados os efeitos da tutela até o trânsito em julgado da ação, bem como a multa por embargos protelatórios, uma vez que visavam tão somente a suprir uma omissão, requerendo, subsidiariamente, a redução da multa aplicada (fls. 2.391/2.432).

Com contrarrazões, subiram os autos a este E. Tribunal.

Os pedidos de efeito suspensivo à apelação nº 0006068-82.2016.4.03.0000 e nº 0006534-76.2016.4.03.0000, apresentados, respectivamente, pela Rede Record e pela Rede Mulher, foram concedidos, nos termos dos arts. 995, parágrafo único e 1.012, § 3º, ambos do CPC/2015, por decisões de minha relatoria (fls. 2.435/2.437 e 2.438/2.440).

O Ministério Público Federal, na qualidade de custos legis, opinou pelo desprovimento dos recursos.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Preliminarmente, não deve prosperar a alegação de que o julgamento seria *extra petita* por ter determinado a veiculação de chamadas para dar publicidade ao direito de resposta coletivo pretendido.

Dispõem os arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da prolação da sentença:

> Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.
> (...)
> Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.
> Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.

Como desdobramento do princípio da inércia da jurisdição, os referidos dispositivos legais consagraram o princípio da adstrição da sentença ao pedido, segundo o qual o provimento jurisdicional deve estar restrito à demanda deduzida.

A inobservância ao comando resulta nos vícios denominados pela doutrina de sentença *extra*, *ultra* e *citra petita*.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior, a sentença *extra petita* incide em nulidade porque soluciona causa diversa da que foi proposta através do pedido (Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 464/465).

Por sua vez, Arruda Alvim esclarece:

> A sentença será *extra petita* quando se pronunciar sobre o que não tenha sido objeto do pedido. Além de infringência literal aos arts. 126, 128, 458 e, especialmente, ao 460, *caput*, do CPC,

> haverá infração clara ao próprio princípio dispositivo, consagrado como princípio medular do sistema, o qual deve inspirar todo o pronunciamento judicial, inclusive a sentença (...). A jurisprudência tem reiteradamente entendido ser nula a sentença *extra petita*, nulidade esta que pode ser declarada de ofício.
> (Manual de Direito Processual Civil. 6ª ed., São Paulo: RT, 1997, p.653/655)

No caso concreto, o r. Juízo *a quo* julgou a demanda dentro dos limites da *litis contestatio* traçados pela parte autora em sua petição inicial.

O pedido descrito na exordial era para que houvesse a *exibição de 30 (trinta) programas televisivos a título de direito de resposta coletivo, com duração de duas horas cada, a serem exibidos em 30 (trinta) dias consecutivos no horário de 21:00 às 23:00 horas.*

Por sua vez, a sentença condenou as *rés a produzir, cada uma delas, 4 (quatro) programas de televisão, com duração mínima de uma hora (...) bem como a exibir tais gravações (...), asseverando que (...) as exibições dos programas deverão observar intervalo de sete dias entre uma e outra, devendo cada exibição ser precedida de pelo menos 3 (três) chamadas aos telespectadores na véspera ou no próprio dia da exibição, uma pela manhã, outra no período da tarde e outra nas primeiras horas do período noturno.* (Grifei)

Ora, a fixação de 3 (três) chamadas aos telespectadores nos moldes acima descritos nada mais é do que um pedido implícito na inicial.

É obvio que, se tivesse sido deferido o pedido original de exibição de 30 (trinta) programas, com 2 (duas) horas cada, durante 30 (trinta) dias consecutivos, seria despicienda a fixação de chamadas publicitárias visando a ampliar a difusão da mensagem.

Contudo, o mesmo não pode ser dito no presente caso em que as rés foram condenadas a exibir 4 (quatro) programas, com uma hora cada, com intervalo de sete dias entre uma exibição e outra.

Concedendo o r. Juízo de origem um montante de carga horária substancialmente menor do que o requerido pelos apelados, e tendo em vista que o intuito principal do direito de resposta é o de alcançar o maior número possível de telespectadores em âmbito nacional, mostra-se plenamente razoável e proporcional a fixação de chamadas televisivas conforme realizada na sentença.

Igualmente, não prospera a alegação de que a sentença deveria ser anulada uma vez que o r. Juízo *a quo* não teria fundamentado o decisum, mesmo após a oposição de dois embargos de declaração.

Como bem destacou o r. Juízo de origem, *ser a sentença extra petita não constitui hipótese de cabimento de Embargos de Declaratórios, a teor do art. 535 do CPC.*

Não se prestam os embargos de declaração a adequar a decisão ao entendimento do embargante, com propósito nitidamente infringente, e, sim, a esclarecer, se existentes, obscuridades, omissões e contradições no julgado.

Não é outro o entendimento adotado por esta C. Sexta Turma, conforme se denota da seguinte ementa de julgado, *in verbis*:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1.022 DO CPC/2015, JÁ QUE O ACÓRDÃO EMBARGADO TRATOU EXPRESSAMENTE DAS MATÉRIAS DITAS "OMISSAS" E "CONTRADITÓRIAS" PELA PARTE, QUE LITIGA DE MODO PROTELATÓRIO E MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE, ABUSANDO DO DIREITO DE RECORRER E VULNERANDO A LEALDADE E A BOA-FÉ PROCESSUAIS

- IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO - RECURSO IMPROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA.
1. São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no artigo 1.022 do CPC/2015, o que não ocorre no caso.
2. A efetiva desatenção do embargante quanto aos rigores do discurso do artigo 1.022 do CPC/15 se revela *ictu oculi* quando a mesma afirma que o acórdão merece reforma porque veio a incidir em julgamento *extra petita*, supressão de instância e ofensa ao contraditório e à ampla defesa, violando os artigos 141 e 492 do CPC/2015 (artigos 128 e 460 do CPC/1973), (...), o que demonstra, na verdade, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no decisum. Isso já revela o mau emprego do recurso, que no ponto é de manifesta improcedência. Deveras, a pretensão de reexame do julgado em sede de embargos de declaração sem que se aponte qualquer dos defeitos do artigo 1.022, revela a impropriedade dessa via recursal (STJ, EDcl. no REsp. 1428903/PE, Rel. Ministro JOÃO OTAVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016). Sim, "a atribuição de efeito infringente em embargos declaratórios é medida excepcional, incompatível com a hipótese dos autos, em que a parte embargante pretende um novo julgamento do seu recurso" (STJ, EDcl na AR 4.393/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 17/06/2016).
(...)
5. Embargos de declaração desprovidos, com imposição de multa.
(TRF3, AC nº 0022210-16.2011.4.03.9999, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, SEXTA TURMA, j. 16/02/2017, e-DJF3 03/03/2017)

Passo, assim, à análise do mérito.

A Constituição Federal de 1988 sistematicamente em muitos de seus dispositivos protege o direito de crença, elevando-o à categoria de direito fundamental. Pode-se afirmar, assim, que os desdobramentos da garantia à liberdade religiosa prevista constitucionalmente determinam a laicidade do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Vale dizer, todos têm direito a ter uma religião, a qual deve ser respeitada independentemente da crença do outro.

Como bem lembra José Afonso da Silva: *A religião não é apenas sentimento sagrado puro. Não se realiza na simples contemplação do ente sagrado, não é simples adoração a Deus. Ao contrário, ao lado de um corpo de doutrina, sua característica básica se exterioriza na prática dos ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidade aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida*. (Comentário contextual à Constituição, 4 ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94)

A religião estabelece a conexão entre seu seguidor e o divino, o sagrado, que se expressa através dos cultos, palavras, cerimônias, costumes, vestimentas, enfim, todo um sistema que é particular aos membros de determinada religião.

Se houver desrespeito, agressão ou qualquer espécie de violência ao direito tutelado constitucionalmente, necessária se faz a intervenção estatal.

Daí que, em um Estado laico como o Brasil, devem ser reprimidas as condutas que tendem à intolerância religiosa.

Intolerância é a atitude mental caracterizada pela falta de respeito a diferentes crenças e opiniões. Sob o ponto de vista político e social, intolerância é a ausência de disposição para aceitar pessoas com pontos de vista diferentes. Tolerância, de outro lado, define o grau de

aceitação diante de um elemento contrário, é o "discordar pacificamente". A emoção é fator primário que diferencia intolerância de discordância respeitosa.

Na seara religiosa, é vasto o campo que se abre para as diversas formas de preconceitos, discriminações e desrespeitos de toda ordem, que se alia à ignorância em relação a práticas distintas de crenças diversas, confundindo-se a liberdade de expressão religiosa com o "direito" a oprimir e destruir simbólica ou fisicamente outrem.

No Brasil, desde a previsão constitucional que assegura a livre manifestação do pensamento e o *direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*, os temas da liberdade de culto e de crença e os acontecimentos envolvendo intolerância religiosa têm suscitado discussões doutrinárias, acadêmicas, ativismos por grupos religiosos, matérias jornalísticas e judicialização, com posicionamentos do Judiciário a respeito.

Acerca do conceito embrionário de tolerância, mostra-se esclarecedor o ensinamento de Janusz Symonides, *in verbis*:

> Em sua forma mais simples e fundamental, a tolerância consiste no reconhecimento do direito do outro de ser respeitado como pessoa e de ter sua própria identidade. Os valores políticos e sociais modernos que deram origem às normas internacionais de direitos humanos foram formulados, antes de tudo, em apelo à tolerância como condição indispensável para manter a ordem social. Pensadores políticos ocidentais demonstraram a necessidade da tolerância para uma sociedade que não pode mais tolerar a intolerância e as guerras religiosas dos séculos XVI e XVII.
> (Direitos Humanos: novas dimensões e desafios - Brasília: UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003, fl. 265)

Visando a salvaguardar a tolerância no que toca aos seus mais variados níveis, e levando em consideração a intensificação da violência, do racismo, da exclusão, da marginalização e da discriminação contra minorias nacionais, étnicas, religiosas e linguísticas, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) aprovou, na Conferência Geral de Paris de 16 de novembro de 1995, a Declaração de Princípios sobre a Tolerância, cujo item 1.2 destaca que *a tolerância não é concessão, condescendência, indulgência. A tolerância é, antes de tudo, uma atitude ativa fundada no reconhecimento dos direitos universais da pessoa humana e das liberdades fundamentais do outro. Em nenhum caso a tolerância poderia ser invocada para justificar lesões a esses valores fundamentais. A tolerância deve ser praticada pelos indivíduos, pelos grupos e pelo Estado.*

Por sua vez, em âmbito nacional, o Presidente da República sancionou a Lei nº 11.635, de 27 de dezembro de 2007, instituindo o Dia Nacional de Combate à Intolerância Religiosa, em 21 de janeiro, data esta, segundo a justificativa descrita no próprio projeto de lei em questão (PL nº 3.174/2004), em que (...) *o terreiro Abassá de Ogum, foi alvo da intolerância e do preconceito, tendo sido invadido por duas vezes por membros de uma determinada igreja, resultando no falecimento da ialorixá Mãe Gilda, em 21 de janeiro de 2000 de infarte fulminante.*

No caso vertente, o Ministério Público Federal, juntamente com duas associações civis, ajuizou a presente ação civil pública, objetivando garantir o direito de resposta coletivo às entidades afro-brasileiras diante de ofensas perpetradas em programas religiosos transmitidos pelas emissoras de televisão apelantes.

Tanto o direito de resposta quanto a garantia à liberdade de consciência e de crença encontram suporte na Constituição da República, conforme se infere da transcrição do art. 5º, V e VI, *in verbis*:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)
> V - *é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo*, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
> VI - *é inviolável a liberdade de consciência e de crença*, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias. (Grifei)

A liberdade de crença significa que ninguém será privado de seus direitos por motivo de crença religiosa, ou seja, todos podem escolher, aderir e mudar de religião. É compreendido, em tal, o direito de não crer. Já a liberdade de culto consiste, também, na liberdade de orar e a de praticar os atos próprios das manifestações exteriores em casa ou em público, bem como a de recebimento de contribuições para isso.

Vale a pena transcrever o seguinte trecho elucidativo da abordagem constitucional acerca das disposições acima transcritas, feita por Anna Cândida de Cunha Ferraz:

> [o artigo 19, inciso I, da Constituição de 1988] indica, com segurança, a adoção, no Brasil, da separação entre Estado e Religião, já de pronto revela, também, que o modelo adotado é o da separação atenuada: de um lado, porquanto toca de perto o problema da liberdade de consciência e de crença, admitindo os cultos religiosos; de outro, vez que determina a neutralidade do Estado, no sentido de não subvencionar ou não adotar cultos religiosos, bem como não embaraçar-lhes o funcionamento, proibindo qualquer dependência ou aliança entre os cultos e seus representantes, ressalvando, apenas, na forma da lei, a colaboração de interesse público.
> (Registro histórico documental: Parecer Jurídico apresentado ao Governador do Estado de São Paulo (a questão do ensino religioso nas escolas públicas). *In*: Ensino religioso em escolas públicas: impactos sobre o Estado laico. Org.: FISCHMANN, Roseli, São Paulo: Factash, 2008, p. 51)

Como se vê, a Constituição protege a liberdade de crença e culto, bem como às organizações religiosas. A liberdade de culto é a exteriorização popular da liberdade de crença e está assegurada a sua manifestação (Liberdade de crença religiosa na Constituição de 1988, artigo de Nilson Nunes da Silva Junior).

Ainda que se alegue que a exibição dos programas aqui questionados insere-se no uso da liberdade de expressão e crença, garantidas constitucionalmente, é certo que referidas garantias não são absolutas e devem, portanto, conviver em harmonia com as demais garantias asseguradas constitucionalmente.

Por sua vez, acerca do direito de resposta, discorre Gilmar Mendes em sua obra:

> A Lei Maior assegura a todos o direito de resposta, que corresponde à faculdade de retrucar uma ofensa veiculada por um meio de comunicação. O direito de resposta, basicamente, é uma reação ao uso indevido da mídia, ostentando nítida natureza de desagravo - tanto assim que a Constituição assegura o direito de resposta "proporcional ao agravo" sofrido (art. 5º, V). O direito de resposta é *meio de proteção da imagem e da honra do indivíduo* que se soma à pretensão de reparação de danos morais e patrimoniais decorrentes do exercício impróprio da liberdade de expressão.
> (Curso de direito constitucional, 10ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 267) *(Grifei)*

A questão também foi tratada pelo Plenário do Pretório Excelso, sendo oportuna a transcrição do seguinte excerto da ementa proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130:

> O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. *Norma, essa, "de eficácia plena e de aplicabilidade imediata"*, conforme classificação de José Afonso da Silva. "Norma de pronta aplicação", na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta.
> (STF, ADPF nº 130, Rel. Min. CARLOS BRITTO, TRIBUNAL PLENO, j. 30/04/2009, DJe-208 06/11/2009) *(Grifei)*

Nota-se, desse modo, tratar-se de norma constitucional de eficácia plena, com aplicabilidade imediata, i.e., possui todos os elementos necessários à produção imediata dos efeitos nela previstos, independente da edição de regras integrativas infraconstitucionais.

Por sua vez, como se sabe, a execução do serviço público de radiodifusão, cuja titularidade é da União Federal, pode ser empreendida por um particular mediante concessão do Poder Público (art. 21, XII, "a", da Constituição), desde que, como em todo serviço público, seja respeitado o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Nesse diapasão, é defeso servir-se de emissora de televisão para desonrar um determinado grupo religioso ou cultural ou mesmo promover os seus próprios interesses privados em detrimento da coletividade.

Com efeito, o Decreto nº 52.795/1963, que regulamenta os serviços de radiodifusão, prevê em seus arts. 3º, *caput*, e 62, *in verbis*:

> Art. 3º Os serviços de radiodifusão têm finalidade educativa e cultural, mesmo em seus aspectos informativo e recreativo, e são considerados de interesse nacional, sendo permitida, apenas, a exploração comercial dos mesmos, na medida em que não prejudique esse interesse e aquela finalidade.
> (...)
> Art. 62. A liberdade da radiodifusão não exclui a punição dos que praticarem abusos no seu exercício.

Ora, não restam dúvidas de que chamar "mães e pais de santo" de "mães e pais de encosto", conforme se denota das transcrições das fitas VHS encartadas na inicial (fls. 114/116 e 118), tem um nítido caráter pejorativo e discriminatório.

A transcrição de trechos dos programas apresentados pelas emissoras apelantes demonstra a utilização de termos desrespeitosos às religiões afro-brasileiras, e, para melhor demonstrar tal assertiva, transcrevo os seguintes excertos da manifestação supracitada (fls. 114/116):

> Pastor: O que acontece no casamento da senhora?
> Senhora: Eu adoro o meu marido, mas quando chego perto dele, eu tenho nojo.
> Pastor: Olha só o que acontece quando a pessoa frequenta a casa do encosto e não está protegida.
> (...)
> Pastor: Tá vendo pessoal? Desequilibrada. Faz a pessoa ficar desequilibrada. *O encosto faz*

> *a pessoa ficar desequilibrada.*
> (...)
> Pastor: O trabalho foi feito onde?
> Senhora: Foi feito na sala dela.
> (...)
> Pastor fala para o público: Tá vendo pessoal? Por isso que você tem que vir pra ser liberto, em nome de Jesus, e participem dessa sessão especial de descarrego. Amém, pessoal? Estendam as mãos para cá (Grifei)

Ora, são fundamentais o respeito e a preservação das manifestações culturais dos afro-descendentes, por fazerem parte do processo civilizatório nacional e merecerem, por essa razão, a tutela constitucional dispensada pelo art. 215, *caput* e § 1º, da Constituição da República, abaixo transcrito:

> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
> § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

A bem lançada e fundamentada sentença, da lavra do juiz Djalma Moreira Gomes, baseou-se nas seguintes premissas:

> Para o deslinde da causa, fixamos as seguintes premissas:
> 1. A prestação de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens não é atribuída livremente à iniciativa privada.
> 2. Trata-se de serviço de serviço público de competência da União, que pode explorá-lo diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão.
> 3. O prestador desses serviços, que para isso tenha recebido do Estado (União) autorização, concessão ou permissão é um *longa manus* do Estado no desempenho dessa atividade, e como o próprio Estado deve se comportar no cumprimento das regras e princípios constitucionais e legais.
> 4. A Constituição e a Lei impõem que os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens sejam prestados - pelo Estado, diretamente, ou por quem lhes faça as vezes, como autorizado, concessionário ou permissionário - sejam prestados visando à consecução dos fins da República Federativa do Brasil, entre eles a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV).
> 5. Devendo a produção e a programação das emissoras autorizadas, concessionárias ou permissionárias atenderem ao princípio da preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas ao do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (CF, art. 221, I e IV).
> 6. O Estado (ou quem lhes faça as vezes) garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais, protegendo as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional e valorizando a diversidade étnica e regional (CF, art. 215, *caput* e 1º e 3º, V).
> 7. Em caso de ofensa, é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo (CF, art. 5º, V).

Mostra-se proveitosa, também, a reprodução do seguinte trecho da decisão que julgou o pedido de tutela antecipada, de lavra da Juíza Federal Marisa Cláudia Gonçalves Cucio (fls. 275/286):

> Assisti às fitas e não há como negar o ataque às religiões de origem africana e às pessoas que as praticam ou que delas são adeptas. Ressalto que não é preciso ser simpatizante ou adepto dessas religiões para conhecer alguns dos seus rituais e tradições. As religiões trazidas com os escravos são parte da cultura brasileira e são presença constante em nossa literatura. Não foram poucos os livros editados, e muitos foram adaptados para o cinema e para a televisão. Portanto, entendo que é possível a identificação dos ataques à religião com o intuito de menosprezar quem as pratica (referidos como bruxos, feiticeiros, pais de encosto).
> Aliás, um fato interessante deve ser registrado. Nos programas gravados há depoimentos de pessoas que antes eram adeptas das religiões afro-brasileiras e que se converteram; nos templos da nova religião, essas pessoas realizam "sessões de descarrego" ou "consultoria espiritual". Assim, é de se concluir que não negam as tradições e os ritos das religiões de matriz africana, porém afirmam que nos terreiros os seguidores praticam o mal, a feitiçaria, e a bruxaria.
> Os programas tentam transmitir a ideia de simples relatos de pessoas que se converteram. Contudo, não se trata apenas de testemunhos a respeito do sucesso da conversão. Relatos não poderiam ser impedidos, todavia, as pessoas não são identificadas, sequer seus rostos são desvendados, mas são denominados como "ex-bruxa", "ex-mãe de encosto", e acusadas de terem servido aos "espíritos do mal" que só se dedicam a prejudicar as pessoas.
> Esse tipo de mensagem desrespeitosa, com cunho de preconceito, mesmo que transmitida em horário de pouca audiência, tem impacto poderoso sobre a população, principalmente a de baixa escolaridade, porque é acessada por centenas de milhares de pessoas que podem recebê-la como uma verdade.

O menosprezo às religiões afro-brasileiras, constrangendo seus adeptos e imputando-lhes expressões ofensivas, configura verdadeiro desrespeito à liberdade de crença, bem como à dignidade da pessoa humana, não havendo como prosperar a afirmação da Rede Record, em seu apelo, de que inexiste justa causa para a concessão de resposta a inespecíficas e indemonstradas ofensas ocorridas há mais de uma década (fl. 2.221).

Destarte, agiu bem o r. Juízo de origem ao condenar as apelantes a produzir e a exibir, nos moldes descritos na sentença e na decisão que julgou os primeiros embargos de declaração opostos, programas de televisão visando a garantir direito coletivo de resposta aos membros e representantes das religiões afro-brasileiras.

Do mesmo modo, não prospera a pretensão de afastar a multa aplicada em virtude de oposição de embargos declaratórios protelatórios, com fulcro no art. 538, parágrafo único, primeira parte, do CPC/1973, em vigor à época, segundo o qual quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa.

Ora, ausentes os requisitos legais para oposição de embargos de declaração, estes devem ser considerados protelatórios, inexistindo desproporcionalidade na fixação da multa em 1% (um por cento) sobre o valor da causa.

Esse também é o entendimento adotado pelo E. STJ, conforme se denota da transcrição da seguinte ementa de julgado:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE NÃO VERIFICADAS. CARÁTER MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIO. APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.
> 1. Revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material.

> 2. Evidenciado o intuito protelatório do embargante, em virtude da oposição de sucessivos e desarrazoados aclaratórios, impõe-se a aplicação da multa prevista no parágrafo único do art. 538 do Código de Processo Civil.
> 3. Embargos de declaração rejeitados, com a imposição de multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa.
> (STJ, EDcl nos EDcl no AgRg nos EDcl no Ag nº 1419184/SC, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, j. 05/05/2015, DJe 13/05/2015)

Também se mostra absolutamente viável a imposição de multa diária às apelantes como meio coercitivo para o cumprimento de obrigação de fazer, mas que somente deverá ser aplicada na hipótese de restar comprovado o retardamento injustificado no cumprimento da decisão judicial, conforme bem fixado na r. sentença recorrida.

Igualmente, não se mostra excessivo o valor fixado no importe de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), eis que amparado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando em consideração a inquestionável capacidade econômica dos ofensores no caso em comento, bem como o objetivo de que seja regularmente adimplida a obrigação que lhes foi imposta.

Nesse mesmo sentido, é a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> § 4º: 17. Imposição da multa. Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. *O valor deve ser significantemente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica.* Vale dizer, *o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz.*
> (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 11ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 702) *(Grifei)*

Por fim, também não deve prosperar o pedido para que haja adequação da condenação aos preceitos da Lei nº 13.188/2015.

Muito embora a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), ao dispor sobre a vigência das leis, enuncie em seu art. 6º que a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, a lei em comento criou uma ação de rito especial a qual deve ser processada no prazo máximo de 30 (trinta) dias.

Nota-se, assim, não ser possível a aplicação das regras estabelecidas pela supracitada Lei nº 13.188, de 11 de novembro de 2015, à presente demanda, mesmo porque se trata de uma ação civil pública em curso, cujo rito é próprio e regulado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Em face de todo o exposto, *nego provimento às apelações*, devendo ser mantida a r. sentença recorrida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0000652-21.2006.4.03.6003
(2006.60.03.000652-2)

Apelante: ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
Parte Ré: UNIÃO FEDERAL E MUNICÍPIO DE BRASILÂNDIA - MS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE TRÊS LAGOAS - MS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI
Classe do Processo: ApReeNec 1894474
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/04/2018

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EDUCAÇÃO INDÍGENA. DIREITO INDIVUAL INDISPONIVEL CONSTITUCIONALMENTE ESTABELECIDO. DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. NÃO CONFIGURADA. PERIGO DE EXTINÇÃO DO IDIOMA E DA CULTURA OFAYÉ XAVANTE. INTERVENÇÃO ESTATAL PARA GARANTIR O DIREITO À EDUCAÇÃO. OBRIGATORIEDADE. AUSÊNCIA DE IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESSENCIALIDADE DO DIREITO PRETENDIDO. OMISSÃO ESTATAL CONFIGURADA. DECISÃO JUDICIAL QUE ASSEGURA O DIREITO À EDUCAÇÃO, IMPONDO A OBRIGAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES E AO PACTO FEDERATIVO. NÃO CONFIGURADA. PRECEDENTES DO E. STF.
1. Cinge-se a controvérsia em apurar a responsabilidade e a competência da União, do Estado do Mato Grosso do Sul e do Município de Brasilândia/MS, para transformar a Escola Municipal existente na comunidade indígena Ofayé Xavante, em Escola Indígena, garantindo que a língua materna Ofayé não desapareça, bem como que os membros daquela comunidade tenham acesso, pelo menos, à educação básica, nos termos da lei.
2. A Constituição Federal garante a todos o direito à educação e à cultura (art. 205 e 215), fixa a competência dos Estados para atuarem, prioritariamente, no ensino fundamental e médio (§ 3º do art. 211) e organiza os sistemas de ensino, que devem ser promovidos em regime de colaboração entre todos os entes federados (art. 211).
3. A Lei nº 10.172, de 2001, ao aprovar o Plano Nacional de Educação, deixa claro que a educação deve ser uma atividade desenvolvida sempre em cooperação pelos entes da federação, União, Estados, Distrito Federal e Municípios e reforça a necessidade de se garantir às comunidades indígenas uma educação escolar diferenciada, específica, intercultural e bilíngue e, dadas as peculiaridades regionais, passou a responsabilidade e manutenção das escolas indígenas para os Estados Federados, em conjunto com o Ministério da Educação, retirando da FUNAI essa incumbência executiva (item 9. Educação Indígena).
4. Portanto, não há que se falar em ilegitimidade passiva do Estado Federado, quando o assunto é a implantação de Escola Indígena em uma das municipalidades que o compõe, de forma a garantir o direito à educação fundamental específica e a preser-

vação da cultura dos povos indígenas.
5. A ausência de implantação de políticas públicas direcionadas ao atendimento de necessidades eminentes, como é a hipótese da garantia do direito à educação a comunidade indígena Ofayé Xavante, que inclusive corre o risco de, por falta dessa providência, ver a sua língua materna e sua cultura extintas, configura omissão do Estado.
6. Assim, a decisão judicial que determina a transformação da escola já existente em escola indígena, ou seja, a adequação da grade curricular para atender às especiais necessidades da comunidade indígena que atende, sob o fundamento de que esse é o caminho para se evitar a extinção da língua e da cultura daquela comunidade, não fere o principio da independência entre os poderes, tampouco afronta a ordem orçamentária, haja vista tratar-se de obrigação constitucionalmente estabelecida e que é dever intransponível do Estado.
7. De igual modo, em especial quando o assunto é a educação, a colaboração e a obrigação concorrente dos entes da federação para garantir esse direito, tanto no que se refere à promoção, manutenção e desenvolvimento do ensino, quanto ao seu custeio, não afronta, ao contrário, reforça o pacto federativo.
8. Assim, a decisão judicial que determina ao Poder Público que cumpra com essa obrigação, também não afronta o pacto federativo, pois se trata de encargo político-jurídico estabelecido constitucionalmente e que deve ser implantado, em face do postulado que rege o nosso ordenamento jurídico que é o princípio da dignidade da pessoa humana.
9. Remessa oficial e à apelação às quais se nega provimento. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de março de 2018.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora):

Trata-se de remessa oficial e de apelação interposta pelo Estado do Mato Grosso do Sul, contra a r. sentença de parcial procedência proferia nestes autos de ação civil pública, promovida pelo *Parquet* FEDERAL, contra os corréus pessoas jurídicas UNIÃO FEDERAL, ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL e MUNICÍPIO DE BRASILÂNDIA/MS.

A petição inicial, proposta pelo Ministério Público Federal e distribuída à 1ª Vara Federal de Três Lagoas/MS (fls. 02/29), com pedido de antecipação de tutela, veiculou, em suma; que a língua materna indígena Ofayé esta em vias de extinção; que o desaparecimento da língua acarretaria danos à população indígena, ao país e ao mundo, haja vista que tem peculiaridades semânticas e, por isso, é fonte de estudos linguísticos por cientistas brasileiros e de outros países; que a unidade de ensino local, Escola Municipal Ofaié Iniecheki, conta com apenas

uma professora e que o material didático utilizado é a cartilha comum da rede municipal de ensino; afirma que por intervenção do MPF uma única índia ensina, de forma esporádica, a língua Ofayé; aduz que a Escola Municipal Ofaié Iniecheki não ensina a cultura indígena e que deveria ser transformada em Escola Indígena e com isso receber recursos e atenção específicos; pugna pela disponibilização de aulas até a oitava série, uma vez que o ensino é ministrado somente até a quarta série e pela extensão das aulas para o período noturno, bem como pela implantação da educação de jovens e adultos. Ao final, afirma que se essas mudanças não forem implantadas as crianças e os jovens, que podem estudar apenas à noite, por trabalharem no período diurno, acabarão migrando para a cidade e se distanciando ainda mais da cultura de seu povo.

A exordial ressalta que a comunidade indígena Ofayé Xavante por diversas vezes formulou essas reinvindicações e a resposta do Poder Público foi no sentido de que eles mesmos da comunidade é que teriam que elaborar e apresentar o Projeto Político Pedagógico, o Regimento Escolar e o Estatuto Próprio, para viabilizar a conversão da escola municipal em indígena, conforme determina a Deliberação do Conselho Nacional de Educação - Resolução CEB nº 03/99 e Deliberação CEE/MS nº 6767/02 do Conselho Estadual de Educação; aduz o MPF que esses dispositivos contrariam a lei e constituição que atribuem ao Estado e ao Município a oferta de ensino fundamental e médio aos povos indígenas; sustenta que a comunidade indígena deveria ser assessorada pelo Estado e pelo Município na elaboração desse Projeto Pedagógico, do Regimento e do Estatuto.

Os réus foram citados e intimados às fls. 880, 893 e 932.

Manifestaram-se sobre o pedido de antecipação de tutela: O Estado de Mato Grosso do Sul às fls. 881/884; O Município de Brasilândia/MS às fls. 897/900; e a União às fls. 910/920. Réplica do MPF às fls. 1044/1055.

Designada audiência de conciliação às fls. 922/925. Realizada a audiência e concedido para de 120 (cento e vinte) dias para assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta (fl. 941). O MPF informa sobre as tentativas frustradas de conciliação e pede o julgamento da lide (fls. 1140/1141v).

Contestação da União às fls. 985/995, do Estado do Mato Grosso do Sul às fls. 997/1012 e do Município de Brasilândia/MS às fls. 1038/1041.

Tutela antecipada indeferida às fls. 1059/1060. Pedido de reconsideração do MPF às fls. 1067/1077, indeferido às fls. 1101v.

A Fundação Nacional do Índio - FUNAI manifestou seu interesse em integrar no polo ativo da ação às fls. 1086/1088. Pedido deferido às fls. 1101 e 1101v.

Sobreveio a r. sentença (fls. 1163/1169) que julgou parcialmente procedente o pedido, na forma do dispositivo abaixo transcrito, em seus trechos essenciais:

> [...]
> Diante da fundamentação exposta, *extingo o processo, com julgamento de mérito*, com fulcro no inciso I do artigo 269 do Código de Processo Civil, *julgamento parcialmente procedente o pedido* para condenar:
> a. o Estado de Mato Grosso do Sul a proceder ao resgate escrito e imediato da língua Ofayé para sua permanente preservação, por meio de linguistas a serem contratados para tanto, trabalho que deverá ser iniciado no prazo máximo de 60 (sessenta) dias. Ficará a cargo da União prestar, através do setor especializado, o apoio técnico e financeiro que se faça preciso;
> b. o Estado de Mato Grosso do Sul e o Município de Brasilândia, este último em regime de colaboração, à elaboração, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, por meio de suas Secretarias

de Educação, por consulta às reivindicações do povo Ofayé e segundo as normas aplicáveis à espécie, o Projeto Político Pedagógico e o Regimento Interno da futura "Escola Indígena Ofayé Ineicheki", os quais deverão ser, imediatamente após a sua elaboração, levados á apreciação da comunidade indígena, que os aprovará, modificará ou rejeitará de acordo com a representatividade por eles adotada;
b1. Em caso de aprovação ou modificação aprovada, proceder-se-á ao pedido de autorização de funcionamento junto ao Conselho Estadual de educação, bem como se providenciará toda a documentação exigida pelo art. 20 da Deliberação CEE/MS nº 6.767/02. Ficará a cargo da União prestar, através do setor especializado, o apoio técnico e financeiro que se faça preciso. Em caso de rejeição, formular-se-á, no prazo de 90 (noventa) dias, novo projeto ou regimento, atendendo às manifestações da comunidade, sendo posteriormente novamente submetido à apreciação da Comunidade Ofayé; e
c. o Estado de Mato Grosso do Sul à contratação de dois professores da Comunidade Ofayé, que se habilitarem, para ensinarem a língua materna na escola indígena, nos termos dos arts. 210, § 2º, da Constituição Federal, art. 79, § 2º, inc. II, e 32, §3º, ambos da Lei nº 9.394/96, art. 28 do Decreto nº 5.051/04 e o arts. 3º, inc. V, e art. 40, "caput", da Deliberação CEE/MS nº 6.767/02, bem como a sua devida formação, ainda que a serviço e concomitantemente a sua própria escolarização, para ministrar aulas na escola indígena.
Diante do pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional (fls. 1.067/1.077) e a sua postergação para apreciação por ocasião da prolação da sentença (fls. 1.101), e considerando o direito ora reconhecido e o risco iminente da morte da língua e da cultura do povo Ofayé-Xavante, com fulcro na autorização contida no "caput" e parágrafos 4º e 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil, *concedo a antecipação dos efeitos da tutela para fins específicos de resgatar de forma escrita e imediata a língua Ofayé*, nos termos do item "a" do dispositivo, sob pena de multa diária fixada no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), em caso de descumprimento.
Sem condenação em honorários.
Custas na forma da lei.
Esta sentença está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório. Com o decurso dos prazos para recursos voluntários, remetam-se os autos ao e. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com as homenagens de estilo.
[...]
(os destaques são do original)

Interposta Apelação do Estado do Mato Grosso do Sul (fls. 1173/1197), na qual argumenta, em resumo, o seguinte: sustenta a ilegitimidade passiva do Estado por se tratar de escola municipal - competência do município, prestação de serviço concorrente - e de promoção e supervisão de ensino prestado à comunidade indígena, matéria da competência exclusiva da União, nos termos da Lei nº 9.394, de 1996; afirma que a transformação da escola municipal em indígena depende de manifestação da comunidade interessada e de representação da FUNAI e salienta que não consta dos autos esses documentos; aduz que não tem prova inequívoca da vontade da comunidade indígena na transformação dessa escola e que não pode o MPF decidir arbitrariamente sobre esse assunto; sustenta que somente 16 (dezesseis) pessoas falam a língua Ofayé, que o povo Ofayé é agressivo e não permite a entrada de estranhos na comunidade o que inviabiliza a implantação da escola; alega afronta à ordem orçamentária e infringência ao princípio da separação dos poderes e do pacto federativo; ressalta a autonomia do ente público em aplicar os recursos alocados para a educação onde perceber maior necessidade e que, ao interferir nos programas de assistência social, o Poder Judiciário interfere em sua execução frustrando o empenho da Administração Pública em garantir o mínimo social, à medida que privilegia um cidadão em detrimento da população em geral; sustenta que o trabalho linguís-

tico determinado na alínea "a" da r. sentença já esta em andamento e que a própria FUNAI entende desnecessário o início de novos trabalhos, o que inviabilizaria a condenação do Estado e alega impossibilidade de atender à determinação judicial; informa que não é possível elaborar o Projeto Político Pedagógico e o Regimento Interno em 60 (sessenta) dias e que não existe no povo Ofayé ninguém em condições técnicas de criticar o projeto; salienta a dificuldade em contratar professores para lecionar a língua Ofayé na própria comunidade e fora dela; alega que o prazo para execução da sentença é exíguo em face da multa diária fixada, e requer o afastamento da multa, por entender exorbitante, ou a redução do seu valor para no máximo R$ 100,00 (cem reais) dia; ao final requer o aumento de todos os prazos para cumprimento da decisão antecipatória e da r. sentença para 1 (um) ano; e pugna pela condenação dos autores ao pagamento de honorários advocatícios e custas.

Recurso recebido apenas no efeito devolutivo (fl. 1206).

Contrarrazões do MPF às fls. 1211/1216, ratificadas pela FUNAI à fl. 1219.

Vieram os autos a esta Egrégia Corte Regional.

O Ministério Público Federal, com atribuição nesta instância, manifestou-se pelo conhecimento e pelo não provimento da apelação (fls. 1222/1234).

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora):

Cinge-se a controvérsia em apurar a responsabilidade e competência da União, do Estado de Mato Grosso do Sul e do Município de Brasilândia/MS, para transformar a Escola Municipal existente na comunidade indígena Ofayé Xavante, em Escola Indígena, garantindo que a língua materna Ofayé não desapareça, bem como que os membros daquela comunidade tenham acesso, pelo menos, à educação básica, nos termos da lei.

O Estado do Mato Grosso do Sul sustenta, em preliminar, ilegitimidade passiva, por entender que, em se tratando de escola municipal, não cabe a ele Estado promover a alteração requerida na inicial. Aduz ainda, que a questão envolve promoção e supervisão de ensino prestado à comunidade indígena e que isso seria da competência exclusiva da União, nos termos da Lei nº 9.394, de 1996.

A Escola Municipal Ofaié Iniecheki, sobre a qual recai o pedido de transformação em Escola Indígena, ministra aulas referentes ao ensino fundamental regular até a quarta séria, portanto, é uma escola integrante do ensino fundamental.

A exordial justifica esse pedido de transformação alegando que, da forma como está, ou seja, como Escola Municipal, não existe foco na cultura indígena e, tampouco, na língua materna dos Ofayé, haja vista que o material didático utilizado é o mesmo adotado nas demais escolas do município. Portanto, essa transformação, nada mais é do que uma questão de reorganização do sistema de ensino naquela municipalidade, em face da peculiaridade da presença da comunidade indígena Ofayé Xavante.

Além disso, a inicial salienta o risco de desaparecimento da língua Ofayé, uma vez que são poucos e raros os membros da própria comunidade indígena que ainda têm condições de ensiná-la.

Vale ressaltar, inicialmente, que a Constituição Federal garante a todos o direito à educação e à cultura (art. 205 e 215), fixa a competência dos Estados para atuarem, prioritariamente, no ensino fundamental e médio (§ 3º do art. 211) e organiza os sistemas de ensino, que devem ser promovidos em regime de colaboração entre todos os entes federados (art. 211).

A Lei nº 10.172, de 2001, ao aprovar o Plano Nacional de Educação, deixa claro que a educação deve ser uma atividade desenvolvida sempre em cooperação pelos entes da federação, União, Estados, Distrito Federal e Municípios e reforça a necessidade de se garantir às comunidades indígenas uma educação escolar diferenciada, específica, intercultural e bilíngue e, dada as peculiaridades regionais, passou a responsabilidade e manutenção das escolas indígenas para os Estados da Federação, em conjunto com o Ministério da Educação, retirando da FUNAI essa incumbência executiva (item 9. Educação Indígena).

Na hipótese que ora se analisa, o que requer a inicial é justamente a implantação de uma Escola Indígena de ensino fundamental, competência do Estado, para garantir o acesso à educação e garantir a manutenção da língua materna daquela comunidade indígena, matéria de competência de todos os entes da federação, ai incluídos os Estados Federados.

Portanto, não há que se falar em ilegitimidade passiva do Estado do Mato Grosso do Sul, quando o assunto é a implantação de Escola Indígena em uma das municipalidades que o compõe, para garantir o direito à educação fundamental especifica e a preservação da cultura daquela comunidade. Afasto a preliminar de ilegitimidade passiva.

No mérito, sustenta o apelante que a transformação da Escola Municipal em Escola Indígena depende de requerimento da comunidade interessada e de representação da FUNAI e que não existe nos autos prova dessas providências.

O documento de fl. 520, assinado pelo cacique José de Souza é a manifestação que reflete o interesse da comunidade indígena Ofayé Xavante em possuir uma oferta de educação na forma das necessidades características dos povos indígenas. Exigir dos membros de uma comunidade como a Ofayé Xavante que leia os regulamentos expedidos pelo Ministério da Justiça e pelo MEC antes de fazer uma reinvindicação seria ultrapassar todos os limites do razoável.

Além disso, a norma citada pelo apelante (parágrafo único do art. 2º da portaria Interministerial MJ/MEC nº 559, de 1991), afirma que a transformação pode ser feita apenas com a anuência da comunidade indígena, ou seja, o próprio poder público, disposto e interessado em cumprir com o seu dever de proteger os povos indígenas e sua cultura, pode propor essa transformação e apenas consultar a comunidade indígena para saber de seu interesse, de suas necessidades e peculiaridades.

No que se refere à representação da FUNAI nesse sentido, o documento de fls. 1086/1088, supre essa exigência, ao tempo em que contem expressa manifestação daquela autarquia em "*acompanhar as ações e serviços destinados a educação diferenciada para os povos indígenas; (Decreto n. 7.056, art. 2º. VI), em favor da etnia Ofayé-Xavante, pelos meios que lhes são pertinentes*", até porque, o interesse da FUNAI foi no sentido de integrar o polo ativo da ação, justamente para garantir, em conjunto com o autor principal, a transformação requerida.

Assim, não há que se cogitar a alegada ausência de pressuposto básico para a transformação da Escola Municipal Ofaié Iniecheki, em Escola Indígena Ofaié Iniecheki, tampouco a ausência de prova inequívoca da vontade daquela comunidade indígena para que essa mudança ocorra.

Aduz o apelante que poucas são as pessoas que falam a língua Ofayé e que teriam condições de ensiná-la, e que isso, somado ao fato de que aquela comunicada não permite que

pessoas estranhas ingressem no local sem permissão, pois, segundo o recorrente, trata-se de um povo agressivo e de difícil aproximação, impossibilita o Estado do Mato Grosso do Sul em "*empreender qualquer atividade com vista a cumprir o determinado na sentença*".

Essa alegação do recorrente confirma a necessidade de intervenção estatal para evitar a extinção da língua Ofayé, pois, cada dia sem a propagação da língua na comunidade Ofayé Xavante reforça o risco de sua extinção.

É evidente que o estado precisa de permissão para adentrar na comunidade Ofayé Xavante e é assim que deve ser. Isso faz parte do respeito à cultura e aos costumes daquela comunidade indígena, que tem seus hábitos e valores culturais assim como temos os nossos. Não é de se esperar que os deveres e obrigações do Poder Público sejam fáceis. Os desafios são grandes e estão aí para serem vencidos.

O Estado tem o dever de intervir para garantir o direito da comunidade Ofayé Xavante, que já se manifestou favoravelmente à essas transformações e como afirma a FUNAI à fl. 1088, "*a comunidade indígena Ofayé-Xavante deverá ser formalmente ouvida pelas autoridades envolvidas na prestação do serviço, a respeito da instalação da escola indígena, em cumprimento ao disposto na Convenção 169, da OIT, que preconiza a consulta livre, prévia e informada (art. 6º, I, 'a') às comunidades indígenas, sempre que alguma política pública lhes diga respeito*".

Diante disso, não há que se falar em impossibilidade de cumprimento da determinação contida na r. sentença.

Sustenta o recorrente que a r. sentença afronta a ordem orçamentária e infringe aos princípios da separação dos poderes e do pacto federativo.

As fontes orçamentárias para a educação e a manutenção das escolas públicas estão previstas nas leis específicas (a exemplo do art. 68 e seguintes da Lei nº 9.394, de 1996), assim como também está determinada em lei própria, como já mencionado, o dever de garantir a especificidade da educação das comunidades indígenas.

De fato, como afirma o recorrente, a Administração Pública, ao destinar os recursos de que dispõe, deve estabelecer prioridades em razão do interesse público e da maior necessidade de sua atuação em uma área específica, observadas as necessidades mais evidentes da população local (fl. 1187).

No entanto, a ausência de políticas públicas direcionadas ao atendimento dessas necessidades eminentes, como é a hipótese de garantia do direito à educação a comunidade indígena Ofayé Xavante, que inclusive corre o risco de, por falta dessa providência, ver a sua língua materna e sua cultura extintas, configura omissão do Estado.

Assim, a decisão judicial em apresso, ao determinar a transformação da escola já existente em escola indígena, ou seja, a adequação da grade curricular para atender às especiais necessidades da comunidade indígena que atende, sob o fundamento de que esse é o caminho para se evitar a extinção da língua e da cultura Ofayé Xavante, não fere o principio da independência entre os poderes, tampouco afronta a ordem orçamentária, haja vista tratar-se de obrigação constitucionalmente estabelecida e que é dever intransponível do Estado.

De igual modo, em especial quando o assunto é a educação, a colaboração e a obrigação concorrente dos entes da federação, para garantir o exercício desse direito, tanto no que se refere à promoção, manutenção e desenvolvimento do ensino, quanto ao custeio da educação, não afronta, ao contrário, reforça o pacto federativo.

Em razão de sua natureza, o não cumprimento das políticas públicas constitucionalmente

fixadas e voltadas à garantia do exercício dessa espécie de direito individual indisponível, por parte de qualquer desses entes da federação, como já foi dito, configura omissão.

Assim, a decisão judicial que determina ao Poder Público que cumpra com essa obrigação, também não afronta o pacto federativo, pois se trata de encargo político-jurídico estabelecido constitucionalmente e que deve ser implantado, em face do postulado que rege o nosso ordenamento jurídico que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido os acórdãos:

> CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL A ALDEIAS INDÍGENAS. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. NÃO OCORRÊNCIA. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE.
> [...]
> III - Ademais, na inteligência jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, 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. 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 á proteção integral da criança e do adolescente, o direito á saúde, o direito à assistência social, o direito á moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.
> (ARE 639337 - Ministro CELSO DE MELLO - SEGUNDA TURMA - Julgamento em 23/08/2011 - Pulicado no DJe 177, divulgado em 14/09/20011)

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CAR~ENCIA DE PROFESSORES. UNIDADES DE ENSINO PÚBLICO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. ARTS. 205, 208, IV, E 211, PARÁGRAFO 2º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.
> [...]
> Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional.
> (RE 594018 - Ministro EROS GRAU - SEGUNDA TURMA - Julgamento em 23/06/2009 - Publicado no DJe nº 148, divulgado em 06/08/2009)

Afirma o Estado do Mato Grosso do Sul que o trabalho linguístico determinado na r. sentença já está em andamento e que a própria FUNAI entende desnecessário o início de novos estudos.

O legislador constituinte garantiu não apenas o exercício dos direitos culturais como também a proteção das manifestações culturais indígenas, aqui incluída a língua materna desses povos. Tanto é assim, que o § 3º do art. 32 da Lei nº 9.394, de 1996, determina que o

ensino fundamental será ministrado em língua portuguesa e assegura que, na hipótese das comunidades indígenas, não apenas as suas respectivas línguas maternas farão parte da grade curricular, como também devem ser observados os seus próprios e peculiares processos de aprendizagem.

Assim, se já existe um trabalho nesse sentido em andamento, que seja informado e submetido ao juízo os detalhes desse estudo, o estágio em que se encontra e o provável prazo para conclusão, o que não invalida a determinação judicial de sua elaboração.

No que se refere ao prazo de 60 (sessenta) dias estabelecido na r. sentença para a elaboração do projeto Político Pedagógico e o Regimento Interno que viabilizam a transformação da Escola Municipal em Escola Indígena, o Estado de Mato Grosso do Sul demonstrou, nos documentos de fls. que possui condições de cumprir essa determinação judicial dentro do prazo estabelecido, haja vista que não será a primeira vez que trata desse assunto.

O Decreto Estadual nº 10.734, de 2002, do Estado do Mato Grosso do Sul, que criou o Conselho Estadual de Educação de Mato Grosso do Sul e a Escola Indígena, bem como o Plano Estadual de Educação do Mato Grosso do Sul, instituído pela Lei nº 2.791, de 2003, tratam exatamente da garantia pelo Estado dos direitos à educação das comunidades indígenas daquela unidade da federação, e determina o respeito e a rigorosa observação de suas peculiaridades, bem como o ensino ministrado nas línguas maternas dessas comunidades, com o objetivo de preservar e resgatar a cultura de cada etnia.

Além disso, a educação escolar indígena não é novidade para o Estado do Mato Grosso do Sul (fls. 175 - composição do Comitê de Educação Escolar Indígena e fls. 184/188 - Relação de Escolas com extensões em áreas indígenas), que conta com técnicos na área de Gestão em Processos de Educação Escolar Indígena/SED/MS, que, aliás, vêm assessorando diversas comunidades indígenas na elaboração da documentação necessária para a regularização de suas respectivas Escolas, conforme se observa do Ofício nº 608, de 24/10/2003, do Senhor Superintende de Politicas de Educação do Estado do Mato Grosso do Sul (fls. 216/220).

Assim, fica demonstrada a capacidade técnica do Estado do Mato Grosso do Sul para minutar os projetos exigidos por lei, discuti-los com comunidade indígena e assim dar início ao processo de transformação da Escola Municipal Ofayé Iniecheki em Escola Indígena, não havendo, portanto, necessidade de aumento dos prazos fixados na r. sentença para o cumprimento de suas determinações.

Ademais, O Estado contará com a colaboração do Munícipio de Brasilândia, que conhece a comunidade Ofayé Xavante e com a UNIÃO/FUNAI, que detém a expertise para lidar com os povos indígenas e disponibilizará recursos humanos, materiais e financeiros para tanto.

No que se refere à fixação de multa diária é perfeitamente cabível para compelir a parte requerida a cumprir a determinação judicial contida na sentença. O valor arbitrado pelo juiz levou em consideração a gravidade do fato, ou seja, o risco de extinção da língua da comunidade indígena Ofayé Xavante. Portanto, em face da observância do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, mantenho a multa aplicada.

Ante o exposto, *nego provimento* à remessa oficial e à apelação do Estado do Mato Grosso do Sul. Mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO:

Com o máximo respeito a eminente Relatora, ouso divergir de S. Exª para reformar a r. sentença.

Não cabe ao Estado de Mato Grosso do Sul proceder ao resgate escrito e imediato da língua Ofayé para sua permanente preservação, por meio de linguistas a serem contratados para tanto; não cabe ao Estado de Mato Grosso do Sul a contratação de dois professores da Comunidade Ofayé, que se habilitarem, para ensinar a língua materna na escola indígena. Não cabe ao Estado de Mato Grosso do Sul e o Município de Brasilândia formular o Projeto Político Pedagógico e o Regimento Interno da futura "Escola Indígena Ofayé Ineicheki", submetendo-o á apreciação da comunidade indígena, que os aprovará, modificará ou rejeitará de acordo com a representatividade por eles adotada. Não cabe à União formular suporte econômico ou material para tudo isso.

Tudo o que lhes foi ordenado afronta a discricionariedade (legítima) assegurada na formulação da política pública educacional, não havendo espaço para "ativismo" ministerial ou judicial nesse campo específico.

Os poderes públicos oferecem a educação de 1º e 2º graus conforme o que podem decidir e custear, não sendo possível que o Juiz decida o que devam estudar as crianças, sejam indígenas ou não.

Aliás, NÃO CABE ao Ministério Público Federal ajuizar o que será melhor ou pior para o aprendizado dos indígenas - que, na espécie, parecem ser agressivos e infensos a tratativas, como dito pelo Estado do Mato Grosso do Sul - como não lhe cabe alvitrar, por exemplo, que as escolas públicas ofereçam obrigatoriamente aulas de Latim com o propósito de salvar nossa língua "mater" de ser tida como "língua morta" (embora não extinta) no Brasil.

A extinção de idiomas e dialetos é uma realidade da existência humana na Terra. Por exemplo, já se perderam os seguintes idiomas: acadiano - anglo-saxão (inglês arcaico, desaparecido após o séc. XII) - eslavônico - prussina antigo (desapareceu no séc. XVII) - canaanita - córnico (desaparecida na Cornualha em 1777) - gaulês (desapareceu no séc. VI) - gótico (sumiu no séc. X) - hitita (extinta em 1.100 A.C) - livônio (língua falada na Letônia e extinta em 2013) - manx (Irlanda, desparecido em 1974) - nórdico antigo (língua do povo viking, extinta no séc. XIV) - tapes (falado pelos índios que viviam ao redor da Lagoa dos Patos/RS), etc.

É claro que não se deseja o desaparecimento da língua indígena Ofayé Ineicheki - uma dentre as 1.500 línguas indígenas faladas no Brasil por volta do Descobrimento - mas me parece certo que a manutenção da mesma não pode ser imposta como uma política pública, mesmo porque, convenhamos, o pequeno município de Brasilândia e o Estado do Mato Grosso do Sul podem ter - a critério deles - outras prioridades.

Em resumo: o currículo escolar eleito pelo Poder Público não deve ser sindicado pelo Judiciário ou do MPF, exceto se as matérias incitarem a violência, o racismo, a intolerância, a ofensa à democracia, etc.

É certo que pode haver uma oferta de educação diferenciada na forma das necessidades características dos povos indígenas, mas não é possível obrigar os poderes públicos a fornecer tal educação na forma e no modo entendidos pelo MPF e pelo Juízo.

Todas as línguas indígenas brasileiras estão ameaçadas de extinção em algum grau, conforme diz o Instituto de Estudos da Linguagem (IEL) da Universidade Estadual de Cam-

pinas; mas os expertos insistem que a defesa dos territórios tradicionais dos povos indígenas é a principal forma de preservar sua língua; sendo assim, não será com uma escola municipal em Brasilândia que se garantirá a preservação da língua indígena Ofayé Ineicheki, que os estudiosos dizem tratar-se de uma língua difícil de entender corretamente, e mais ainda de falar (opinião de CURT NIMUENDAJÚ, A propos des indiens Kukura du Rio Verde (Brésil), "in" Journal de la Societé de Americanistes, Nouvelle Série, tome XXIV, Paris, obra traduzida do francês por Hilda Zimmermann e Cristina Vigiano, 1932, e referida em https://pt.wikipedia.org/wiki/L%C3%ADngua_ofai%C3%A9).

Ora, se o vetusto especialista afirma ser uma língua difícil de falar e entender, pergunta-se: aonde o Município vai arrumar professores dessa língua ? Não estará a sentença atribuindo ao ente público um dever diabólico, um trabalho de Sísifo ?

Por fim, como não parte - pelo menos hoje - do Município de Brasilândia qualquer atividade para destruir a língua indígena falada por apenas 69 pessoas (em 2016), não pode caber a ele o ônus de mantê-la viva.

Ante o exposto, voto por DAR PROVIMENTO A APELAÇÃO E A REMESSA OFICIAL.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO

APELAÇÃO CÍVEL
0010580-57.2006.4.03.6112
(2006.61.12.010580-1)

Apelantes: FUNDAÇÃO AGRIPINO LIMA E UNIÃO FEDERAL
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE
Classe do Processo: Ap 1611602
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/04/2018

EMENTA

PROCESSUAL. CONSTITUCIONAL. LITISPENDÊNCIA NÃO CONFIGURADA. A CONCESSÃO/PERMISSÃO PARA EXECUÇÃO DO SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO COM FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE EDUCATIVA INDEPENDE DE LICITAÇÃO. A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL É COMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. REFORMA DA SENTENÇA *IN TOTUM* EM SEDE DE APELAÇÃO.

- O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ajuizou a presente ação civil pública em face da FUNDAÇÃO AGRIPINO LIMA e da UNIÃO. Sustenta que se instaurou perante a Procuradoria da República da cidade de Presidente Prudente o procedimento administrativo nº 1.34.009.000167/2006-51, por conta de representação encaminhada pela Procuradoria da República no Distrito Federal, em que constava a informação de ajuizamento de outras duas ações civis públicas com o escopo de coibir a concessão de serviço de radiodifusão de sons e imagens para fins exclusivamente educativos, sem prévio procedimento licitatório.

- Discutiu-se a respeito da ocorrência de litispendência entre a Ação Civil Pública nº 2005.35.00.017662-1, que tramitou em Goiás, e a presente ação. Muito embora as partes e a causa de pedir, em ambas as ações civis públicas, sejam as mesmas, verifico que os pedidos são diversos, resguardada a semelhança das matérias debatidas. Logo, não havendo a tríplice identificação dos elementos da demanda, não há que se falar em litispendência.

- Os três principais documentos que regraram a outorga de rádios e TVs educativas são o Decreto-Lei 236, de 28 de fevereiro de 1967, o Decreto nº 2.108, de 24 de dezembro de 1996, e a Portaria Interministerial nº 651, de 15 de abril de 1999. Estes documentos estabelecem que a radiodifusão educativa é o Serviço de Radiodifusão Sonora (rádio) ou de Sons e Imagens (TV) destinado à transmissão de programas educativo-culturais, que, além de atuar em conjunto com os sistemas de ensino de qualquer nível ou modalidade, vise à educação básica e superior, à educação permanente e à formação para o trabalho, além de abranger as atividades de divulgação educacional, cultural, pedagógica e de orientação profissional.

- Por força do § 1º do inciso XV do art. 13 do Decreto nº 2.108, de 1996, é dispensável a licitação para a outorga de serviço de radiodifusão com fins exclusivamente educativos. Não há um procedimento específico para a outorga estabelecido na legislação, sendo a escolha dos agraciados com concessões e permissões discricionária do ministro das comunicações.

- Trata-se de uma concessão *sui generis*, onde não há licitação, processo que é substituído por um minucioso e detalhado exame da situação retratado em documentos (MS 7.764/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 17/06/2002, DJ 02/09/2002, p. 141).
- O Decreto Presidencial sem número, de 06 de julho de 1998, que outorgou concessão à Fundação Agripino Lima para execução de serviço de radiodifusão de sons e imagens, com fins exclusivamente educativos na cidade de Presidente Prudente; assim como o contrato de concessão celebrado entre a União e a referida fundação, não padecem de qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade.
- Apelações providas. Ação civil pública julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento aos recursos de apelação, nos termos do relatório e voto da Des. Fed. Mônica Nobre (Relatora), com quem votaram o Des. Fed. Marcelo Saraiva e, na forma dos artigos 53 e 260, § 1º do RITRF3, a Des. Fed. Consuelo Yoshida. Vencidos o Juiz Fed. Conv. Ferreira da Rocha e o Juiz Fed. Conv. Silva Neto.

São Paulo, 07 de março de 2018.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

Trata-se de apelações interpostas pela FUNDAÇÃO AGRIPINO LIMA e pela UNIÃO visando a reforma da r. sentença (fls. 173/178) que, em sede de ação civil pública, julgou procedente o pedido e, em consequência, declarou nulo o art. 1º, do Decreto Presidencial sem número, de 06 de julho de 1998, que outorgou concessão à Fundação Agripino Lima para execução de serviço de radiodifusão de sons e imagens, com fins exclusivamente educativos na cidade de Presidente Prudente; assim como o contrato de concessão celebrado entre a União e a referida fundação para execução do serviço público de radiodifusão de sons e imagens, com fins exclusivamente educativos, com a consequente proibição da execução dos serviços de radiodifusão.

Em seu recurso (fls. 185/201), a FUNDAÇÃO AGRIPINO LIMA sustenta, em síntese, possuir direito adquirido para executar os serviços de radiodifusão de sons e imagens que lhe foram outorgados pela União através de Decreto Presidencial. Alega, ainda, a legalidade da mencionada outorga.

A UNIÃO, por sua vez (fls. 203/234), alega a razoabilidade de dispensa da licitação para a concessão de serviços de radiodifusão de sons e imagens com caráter exclusivamente educativo. Com fundamento na legalidade, pede que seja declarado constitucional o art. 14, § 2º, do Decreto- Lei nº 236/67, bem como seja declarado legal o art. 13, § 1º, do Decreto nº 52.795/63 (redação dada pelo Decreto nº 2.108/96), e o art. 1º do Decreto Presidencial sem número, de 06 de julho de 1998. Da mesma forma, requer que o contrato de concessão celebrado com a Fundação Agripino Lima seja considerado valido.

Contrarrazões (fls. 237/265).

Subiram os autos a este Egrégio Tribunal Regional Federal.

O Órgão Ministerial opina (fls. 325/327), em segunda instância, que a presente ação civil pública seja extinta, sem resolução do mérito, em razão da litispendência com a ação civil pública nº 2005.35.00.017662-1/GO.

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

No presente feito, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ajuizou a presente ação civil pública em face da FUNDAÇÃO AGRIPINO LIMA e da UNIÃO. Sustenta que se instaurou perante a Procuradoria da República da cidade de Presidente Prudente o procedimento administrativo nº 1.34.009.000167/2006-51, por conta de representação encaminhada pela Procuradoria da República no Distrito Federal, em que constava a informação de ajuizamento de outras duas ações civis públicas com o escopo de coibir a concessão de serviço de radiodifusão de sons e imagens para fins exclusivamente educativos, sem prévio procedimento licitatório.

Pois bem.

Passo à analise das alegações invocadas nos apelos e no parecer do Ministério Público Federal, sem me ater, entretanto, à ordem em que foram colocadas.

Ressalto, de imediato, que não há que se falar em existência de litispendência entre este processo e a ação civil pública nº 2005.35.00.017662-1/GO.

A respeito do tema, o artigo 337, em seus parágrafos 1º, 2º, 3º, do Código de Processo Civil, dispõe que se verifica a litispendência quando se reproduz ação que está em curso. Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

No caso, muito embora as partes e a causa de pedir, em ambas as ações civis públicas, sejam as mesmas, verifico que os pedidos são diversos, resguardada a semelhança das matérias debatidas.

De um lado, o pedido principal formulado na ação civil pública nº 2005.35.00.017662-1 versou sobre a declaração, *incidenter tantum*, da inconstitucionalidade do art. 41 da Lei nº 8.987 e do art. 1º do Decreto nº 2.108/96, tendo como partes o MPF versus União Federal e a Fundação Agripino Lima, enquanto litisconsorte passivo, passou a integrar o polo passivo da relação jurídica processual a partir da apelação civil nº 2005.35.00.017662-1.

De outro lado, na presente ação civil pública, as partes são idênticas à ação ajuizada em Goiás e o pedido principal versa sobre a declaração de nulidade do art. 1º, do Decreto Presidencial, sem número de 06 de julho de 1998, que outorgou concessão à Fundação Agripino Lima para execução de serviço de radiodifusão de sons e imagens, com fins exclusivamente educativos na cidade de Presidente Prudente.

Como se vê, a matéria é semelhante, já que ambas tratam de suposta nulidade no ato de outorga de concessão do serviço de radiodifusão de sons e imagens à Fundação, sem o devido procedimento licitatório. Contudo, os atos normativos atacados são diversos.

Cabe ressaltar que a causa de pedir em ambas as ações civis públicas são idênticas,

conforme ressaltada pelo órgão ministerial, qual seja, a concessão de serviços de radiodifusão de sons e imagens para fins exclusivamente educativos sem prévio procedimento licitatório.

Portanto, não havendo a tríplice identificação dos elementos da demanda, não há que se falar em litispendência.

Nesse sentido:

> APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LITISCONSORCIO NÃO CONFIGURADO. OUTORGA DE SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO COM FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE EDUCATIVA À ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS. INTERESSE PÚBLICO ENVOLVIDO. DESNECESSIDADE DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. REFORMA DA SENTENÇA. APELO PROVIDO. PEDIDO IMPROCEDENTE. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.
> 1. Preliminarmente, discutiu-se a respeito da ocorrência de litispendência entre a Ação Civil Pública nº 2005.35.00.017662-1, que tramitou em Goiás, e a presente ação. Muito embora as partes e a causa de pedir, em ambas as ações civis públicas, sejam as mesmas, verifico que os pedidos são diversos, resguardada a semelhança das matérias debatidas. Logo, não havendo a tríplice identificação dos elementos da demanda, não há que se falar em litispendência.
> (...)
> 7. Apelo provido para reformar a sentença. No mérito, improcedente o pedido do *Parquet* Federal, nos termos do art. 269, inciso I do CPC/73, atual art. 487, inciso I do novel CPC/15. (TRF/3ª Região, AC nº 00253184720104036100, Relator Nery Junior, 3ª Turma, e-DJF3 de 24/02/2017)

Quanto ao mérito, destaco que os três principais documentos que regraram a outorga de rádios e TVs educativas são o Decreto-Lei 236, de 28 de fevereiro de 1967, o Decreto nº 2.108, de 24 de dezembro de 1996, e a Portaria Interministerial nº 651, de 15 de abril de 1999. Estes documentos estabelecem que a radiodifusão educativa é o Serviço de Radiodifusão Sonora (rádio) ou de Sons e Imagens (TV) destinado à transmissão de programas educativo-culturais, que, além de atuar em conjunto com os sistemas de ensino de qualquer nível ou modalidade, vise à educação básica e superior, à educação permanente e à formação para o trabalho, além de abranger as atividades de divulgação educacional, cultural, pedagógica e de orientação profissional.

Podem pleitear a outorga para a execução de serviços de radiodifusão com fins exclusivamente educativos as pessoas jurídicas de direito público interno, inclusive universidades, que terão preferência para a obtenção da outorga, e fundações instituídas por particulares e demais universidades brasileiras. É admitida, na radiodifusão educativa, apenas a transmissão de programas educativo-culturais. Os programas de caráter recreativo, informativo ou de divulgação desportiva poderão ser considerados educativo-culturais se neles estiverem presentes elementos instrutivos ou enfoques educativo-culturais identificados na sua apresentação.

Saliento, também, que, por força do § 1º do inciso XV do art. 13 do Decreto nº 2.108, de 1996, é dispensável a licitação para a outorga de serviço de radiodifusão com fins exclusivamente educativos. Não há um procedimento específico para a outorga estabelecido na legislação, sendo a escolha dos agraciados com concessões e permissões discricionária do ministro das comunicações.

Assim, diante da ausência de desenvolvimento de atividade econômica sob regime empresarial, a outorga de concessão/permissão para execução do serviço de radiodifusão com finalidade exclusivamente educativa ocorre sem a exigência de licitação pública, sendo precedida de procedimento administrativo seletivo nos termos da legislação vigente, devidamente recepcionada pela Constituição Federal, *in verbis*:

Constituição Federal:
Capítulo V - Da Comunicação Social
(...)
Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.
§ 1º O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, § 2º e § 4º, a contar do recebimento da mensagem.
§ 2º A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal.
§ 3º O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores.
§ 4º O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.
§ 5º O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão.

Decreto-Lei nº 236/67 (que complementa e modifica a Lei nº 4117/62, o Código Brasileiro de Telecomunicações):
Art. 14. Somente poderão executar serviço de televisão educativa:
a) a União;
b) os Estados, Territórios e Municípios;
c) as Universidades Brasileiras;
d) as Fundações constituídas no Brasil, cujos Estatutos não contrariem o Código Brasileiro de Telecomunicações.
§ 1º - As Universidades e Fundações deverão, comprovadamente possuir recursos próprios para o empreendimento.
§ 2º - A outorga de canais para a televisão educativa não dependerá da publicação do edital previsto do artigo 34 do Código Brasileiro de Telecomunicações.

Decreto nº 52.795/63 (que aprova os serviços de radiodifusão):
Art. 13. O edital será elaborado pelo Ministério das Comunicações, observados, dentre outros, os seguintes elementos e requisitos necessários à formulação das propostas para a execução do serviço: (Redação dada pelo Decreto nº 2.108, de 24.12.1996)
(...)
§ 1º É dispensável a licitação para outorga para execução de serviço de radiodifusão com fins exclusivamente educativos. (*Redação dada pelo Decreto nº 2.108, de 24.12.1996*)

Como se vê, trata-se de uma concessão sui generis, onde não há licitação, processo que é substituído por um minucioso e detalhado exame da situação retratado em documentos (MS 7.764/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 17/06/2002, DJ 02/09/2002, p. 141).

A propósito, destaco os seguintes julgados:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. A CONCESSÃO/PERMISSÃO PARA EXECUÇÃO DO SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO COM FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE EDUCATIVA INDEPENDE DE LICITAÇÃO. A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL É COMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. REFORMA DA SENTENÇA *IN TOTUM* EM SEDE DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO TIDO POR INTERPOSTO. EFEITOS DA SUCUMBÊNCIA NÃO INCIDENTES.

(...)
4. A desburocratização do procedimento de outorga de serviços de radiodifusão educativa existente no Brasil à luz dos DL nº 236/67 e § 1º do Decreto nº 52.795/63, dispensa o processo de licitação mais rigoroso regulamentado pela Lei nº 8.666/93. Deve-se recordar que na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 - que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal - há dispositivo expresso (art. 41) afirmando que "o disposto nesta Lei não se aplica à concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens". Seriam esse dispositivos inconstitucionais ? Não, pois deve-se atentar para a regra-matriz do art. 37 XXI da Constituição Federal que ressalva dos rigores da licitação, expressamente, os casos especificados na legislação; ou seja, é possível à legislação infraconstitucional eleger onde não deve (ou não precisa) ser obrigatória a licitação; tal dispositivo deixa à sua sombra o DL nº 236/67 e o Decreto nº 52.795/63. O discurso do art. 175 da Magna Carta (ao prever que os serviços públicos são prestados sempre através de licitação) não desmerece essa conclusão - nem colide com o art. 37, XXI - porque esse dispositivo situa-se no título que trata da ordem econômica e financeira, e por isso mesmo não pode estender-se a uma atividade que não é econômica, mas educativa, sem intuito de lucro. Precedentes do STJ (MS 5.307/DF, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/1998, DJ 02/08/1999, p. 127 - MS 7.764/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 17/06/2002, DJ 02/09/2002, p. 141 - REsp 1.353.341/PE, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 12/05/2015, DJe 19/05/2015), e também do TRF/3ª Região (APELREEX 00142058120104036105, Juiz Convocado CIRO BRANDANI, Terceira Turma, e-DJF3 13/06/2014; AC 00011285320074036123, Desembargadora Federal MARLI FERREIRA, Quarta Turma, e-DJF3 16/10/2013).
5. O procedimento administrativo nº 53000.009552/97 do Ministério das Comunicações, que culminou com a outorga à Fundação José de Paiva Netto para execução de serviço de radiodifusão de sons e imagens (televisão), com fins exclusivamente educativos, em São José dos Campos/SP, não padece de qualquer ilegalidade e nem ofende a Constituição Federal. Fica reformada *in totum* a sentença de primeiro grau para julgar improcedente a presente ação civil pública, prejudicado o recurso interposto pelo *parquet* federal oficiante no primeiro grau.
6. É afastado o pedido formulado pela Fundação José de Paiva Netto de condenação do Ministério Público nos efeitos da sucumbência, não incidentes em sede de ação civil pública salvo comprovada má-fé, o que não ocorre na espécie (artigo 18 da LACP). Precedentes do STJ (REsp 1255664/MG, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, julgado em 24/09/2013, DJe 07/02/2014; REsp 577.804/RS, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, julgado em 28/11/2006, DJ 14/12/2006).
(TRF/3ª Região, AC nº 1319122, Relator Johonsom Di Salvo, 6ª Turma, e-DJF3 de 07/02/2017)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TV EDUCATIVA SEM FINALIDADE LUCRATIVA. DISPENSA DE LICITAÇÃO. POSSIBILIDADE. DL Nº 236/67 E DECRETO Nº 52.975/63. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA TESTEMUNHAL. DESNECESSIDADE.
(...)
A radiodifusão educativa destina-se à transmissão de programas educativo-culturais, que, não obstante atue em conjunto com os sistemas de ensino, visa à educação básica e superior e à formação para o trabalho, além de abranger as atividades de divulgação educacional, cultural, pedagógica e de orientação profissional. Nesse contexto, com fins à consecução do interesse público, a outorga para a execução de serviços de radiodifusão com finalidade exclusivamente educativa, somente pode ser requerida por entidades destituídas de finalidade lucrativa, sendo reservada à execução da União, Estados e Municípios, universidades e fundações constituídas no Brasil, e como tal, não pode ser equiparada aos serviços públicos comuns, havendo regramento jurídico próprio, face à finalidade específica, destituída de caráter comercial, conforme

estabelecem os artigos 13 e 14 do Decreto-Lei nº 236, de 28.02.1967, que complementou e modificou a Lei nº 4.117, de 27.08.1962, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações. A dispensa de procedimento licitatório para concessão de outorga dos serviços de radiodifusão sonora de sons e imagens com fins exclusivamente educativos prevista no artigo 14, §2º do DL nº 236/67 e no artigo 13, §1º do Decreto nº 52.795/63, não encontra óbice constitucional. Não colhe a alegação de inconstitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 8.987/75 que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, segundo o qual excepciona a aplicação dessa Lei à concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, vez que esse diploma normativo encontra fundamento de validade no próprio artigo 175 da Constituição Federal ("Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".)
Apelações providas para julgar improcedente o pedido.
(TRF/3ª Região, AC nº 1387697, Relatora Marli Ferreira, 4ª Turma, e-DJF3 de 16/10/2013)

Verifica-se, portanto, que o Decreto Presidencial sem número, de 06 de julho de 1998, que outorgou concessão à Fundação Agripino Lima para execução de serviço de radiodifusão de sons e imagens, com fins exclusivamente educativos na cidade de Presidente Prudente; assim como o contrato de concessão celebrado entre a União e a referida fundação, não padecem de qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Diante do exposto, *dou provimento* aos recursos de apelação interpostos pela FUNDAÇÃO AGRIPINO LIMA e pela UNIÃO e, em consequência, *julgo improcedente* a presente ação civil pública.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE – Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0012815-52.2014.4.03.6100
(2014.61.00.012815-6)

Apelante: BLAS PAIVA ALMADA
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: Ap 2186116
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/04/2018

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ESTATUTO DO ESTRANGEIRO. MULTA. PERMANÊNCIA NO TERRITÓRIO NACIONAL APÓS ESGOTADO O PRAZO LEGAL DE ESTADA. DIREITO DE CIDADANIA. SOPESAMENTO DE DIREITOS HUMANOS. PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE. HIPOSSUFICIÊNCIA. FILHO MENOR BRASILEIRO. PERMANÊNCIA REGULAR NO MOMENTO DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA.
1. A questão posta nos autos diz respeito à anulação do Auto de Infração e Notificação nº 7622/2013 lavrado contra nacional da República do Paraguai, para imposição de multa no valor de R$ 827,75, com fundamento no artigo 125, II, da Lei 6.815/1980, em razão de ter o autor permanecido no território nacional após esgotado o prazo legal de estada.
2. O autor ingressou em território brasileiro no ano de 2006, constituindo família. Em 12.12.2013, compareceu à Superintendência da Polícia federal para requerer a permanência definitiva em território nacional com base em prole brasileira, momento em que teve lavrado contra si o referido auto de infração, por infringência ao artigo 125, II, da Lei nº 6.815/1980. O pedido de permanência definitiva foi deferido e publicado no Diário Oficial da União em 24.09.2014.
3. O Decreto 6.975/2009, que promulga o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul, Bolívia e Chile -, embora preveja hipótese de isenção de multas e outras sanções administrativas mais gravosas aos imigrantes dos países signatários (artigo 3º), dispõe expressamente que "a residência temporária poderá ser transformada em permanente, mediante a apresentação do peticionante, perante a autoridade migratória do país de recepção, 90 (noventa) dias antes do vencimento da mesma" (artigo 5º), prevendo, no entanto, que, vencida a residência temporária de até dois anos, os imigrantes que "não se apresentarem à autoridade migratória do país de recepção, ficam submetidos à legislação migratória interna de cada Estado Parte" (artigo 6º).
4. Porém, inicialmente deve ser discutida a proporcionalidade da multa aplicada diante da condição de hipossuficiência do autor, fazendo-se necessárias algumas considerações doutrinárias e jurisprudenciais.
5. A máxima da proporcionalidade encontra-se implicitamente consagrada na atual Constituição Federal e costuma ser deduzida do sistema de direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, bem como da cláusula do devido processo legal substantivo. Ainda, está expressamente posta no artigo 2º da Lei nº 9.784/1999, que

regula o processo administrativo federal e preceitua que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.
6. A doutrina, por sua vez, opta muitas vezes por destrinchar o princípio da proporcionalidade em três subprincípios, viabilizando melhor exercício da ponderação de direitos fundamentais. Assim, surgem os vetores da adequação, que traduz a compatibilidade entre meios e fins; a necessidade enquanto exigência de utilizar-se o meio menos gravoso possível; e a proporcionalidade em sentido estrito que consiste no sopesamento entre o ônus imposto e o benefício trazido pelo ato administrativo.
7. 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.
8. 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 do autor que, além de demonstrar boa-fé na busca por sua regularização, obteve a concessão de permanência definitiva em território nacional com base em prole brasileira.
9. Nesse sentido, fica evidente que o prejuízo suportado pelo 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.
10. Por fim, destaca-se que a 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, sendo impossível quitá-la sem o sacrifício de seu sustento pessoal e de sua família.
11. Ainda que assim não fosse, há uma particularidade no caso de fundamental importância para o deslinde da causa, qual seja, o autor aqui constituiu família e teve filho brasileiro, o que lhe garantiu a condição de estrangeiro regular no território nacional, nos termos do artigo 75, da Lei 6.815/1980. Tal especificidade, aliás, constou expressamente do respectivo auto de infração: “permanência definitiva por filho” (fl. 20).
12. Desta forma, no momento da lavratura do auto de infração (16.12.2013), a permanência do autor no país já estava assegurada pela existência do filho brasileiro, sob sua guarda e dependência econômica, eis que menor de idade. Assim, deve ser anulado o auto de infração lavrado.
13. 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, 18 de abril de 2018.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

Trata-se de apelação interposta pela parte autora, nos autos de ação de conhecimento, pelo rito ordinário, em que se objetiva a anulação do Auto de Infração nº 7622/2013 do Departamento de Polícia Federal, que aplicou multa no valor de R$ 827,75, com fundamento no artigo 125, II, da Lei nº 6.815/1980, em razão de ter o autor permanecido no território nacional após esgotado o prazo legal de estada.

A sentença julgou improcedente o pedido. Ainda, condenou a parte autora ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, ficando suspensa a exigibilidade por ser o autor beneficiário da justiça gratuita.

Apela a parte autora, sustentando que o Estatuto do Estrangeiro deve ser interpretado de acordo com as normas constitucionais. Alega que o artigo 5º, da Constituição Federal, assegura aos estrangeiros residentes no País os mesmos direitos e garantias fundamentais dos brasileiros. Aduz que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e a prevalência dos direitos humanos é um de seus princípios fundamentais. Afirma que constituiu família no Brasil, requerendo a permanência definitiva em território nacional com base em prole brasileira. Sustenta a ilegalidade da multa, tendo em vista o disposto no artigo 3º, do Decreto nº 6.975/2009, que promulga o *Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul, Bolívia e Chile*. Alega, ainda, que, no momento da autuação da infração, já tinha filho brasileiro e, portanto, já implementava os requisitos para ter reconhecido seu direito de permanência definitiva.

Com as contrarrazões, subiram os autos à Superior Instância.

É o relatório.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

A questão posta nos autos diz respeito à anulação do Auto de Infração e Notificação nº 7622/2013 lavrado contra nacional da República do Paraguai, para imposição de multa no valor de R$ 827,75, com fundamento no artigo 125, II, da Lei 6.815/1980, em razão de ter o autor permanecido no território nacional após esgotado o prazo legal de estada.

O autor ingressou em território brasileiro no ano de 2006, constituindo família. Em 12.12.2013, compareceu à Superintendência da Polícia federal para requerer a permanência definitiva em território nacional com base em prole brasileira, momento em que teve lavrado contra si o referido auto de infração, por infringência ao artigo 125, II, da Lei nº 6.815/1980. O pedido de permanência definitiva foi deferido e publicado no Diário Oficial da União em 24.09.2014.

Dispõe o artigo 125, II, da Lei nº 6.815/1980 que:

> Art. 125. Constitui infração, sujeitando o infrator às penas aqui cominadas:
> [...]
> II - demorar-se no território nacional após esgotado o prazo legal de estada:
> Pena: multa de um décimo do Maior Valor de Referência, por dia de excesso, até o máximo de 10 (dez) vezes o Maior Valor de Referência, e deportação, caso não saia no prazo fixado.

O Decreto 6.975/2009, que promulga o *Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul, Bolívia e Chile* -, embora preveja hipótese de isenção de multas e outras sanções administrativas mais gravosas aos imigrantes dos países signatários (artigo 3º), dispõe expressamente que "a residência temporária poderá ser transformada em permanente, mediante a apresentação do peticionante, perante a autoridade migratória do país de recepção, 90 (noventa) dias antes do vencimento da mesma" (artigo 5º), prevendo, no entanto, que, vencida a residência temporária de até dois anos, os imigrantes que "não se apresentarem à autoridade migratória do país de recepção, ficam submetidos à legislação migratória interna de cada Estado Parte" (artigo 6º).

Porém, inicialmente deve ser discutida a proporcionalidade da multa aplicada diante da condição de hipossuficiência do autor, fazendo-se necessárias algumas considerações doutrinárias e jurisprudenciais.

A máxima da proporcionalidade encontra-se implicitamente consagrada na atual Constituição Federal e costuma ser deduzida do sistema de direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, bem como da cláusula do devido processo legal substantivo. Ainda, está expressamente posta no artigo 2º da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo federal e preceitua que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

A doutrina, por sua vez, opta muitas vezes por destrinchar o princípio da proporcionalidade em três subprincípios, viabilizando melhor exercício da ponderação de direitos fundamentais. Assim, surgem os vetores da adequação, que traduz a compatibilidade entre meios e fins; a necessidade enquanto exigência de utilizar-se o meio menos gravoso possível; e a proporcionalidade em sentido estrito que consiste no sopesamento entre o ônus imposto e o benefício trazido pelo ato administrativo.

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.

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 do autor que, além de demonstrar boa-fé na busca por sua regularização, obteve a concessão de permanência definitiva em território nacional com base em prole brasileira.

Nesse sentido, fica evidente que o prejuízo suportado pelo 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.

Observa-se, inclusive, posicionamento muito mais flexível adotado por esta E. Corte quando a situação envolve atraso na renovação de visto de turista. *Verbis*:

> 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.
(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS 0021998-96.2004.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA, julgado em 02/05/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/05/2013)

MANDADO DE SEGURANÇA. ESTRANGEIRO. PERMANÊNCIA NO BRASIL APÓS EXPIRADO VISTO DE TURISTA. MULTA. DETERMINAÇÃO DE SAÍDA DO TERRITÓRIO NACIONAL. DEMORA NO REQUERIMENTO DE VISTO DE PERMANÊNCIA JUSTIFICADA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. ULTERIOR CONCESSÃO DE VISTO DE PERMANÊNCIA. VÍNCULO DE UNIÃO ESTÁVEL COM BRASILEIRO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PRECEITO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO À FAMÍLIA. ANULAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.
- Apelação interposta pela União contra a sentença de procedência proferida neste mandado de segurança, impetrado por estrangeira (francesa) contra ato do Delegado da Polícia Federal em São Paulo, objetivando a anulação de auto de infração que impôs à impetrante multa administrativa, bem como determinou a sua retirada do país, no prazo de oito dias, sob pena de deportação, em razão de permanência no território nacional além do prazo previsto em visto de turista (três meses), nos termos dos artigos 125, II, da Lei 6.815/80 e 98, I, do Decreto 86.715/81.
- Consoante decidido na sentença, o atraso na regularização da situação migratória da impetrante, além de justificável, não decorreu de culpa ou má-fé.
- Com efeito, da análise da prova pré-constituída, nos meses de julho a setembro de 2011, houve greve geral dos correios no Brasil, tornando verossímil a alegação da impetrante no sentido de que tal situação dificultou a instrução tempestiva do processo de requerimento de visto permanente, eis que uma das certidões, enviada da França, foi recebida com atraso.

> - Ademais, é de se considerar que o acanhado atraso de quatro dias entre a expiração do prazo de permanência concedido mediante visto de turista e a entrega do requerimento de concessão de visto de permanência, devidamente instruído, não serve para fundamentar a aplicação de dispositivo legal que prevê, entre o mais, as penas de deportação e multa, sob pena de intensa vulneração dos princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e proporcionalidade, bem como sob pena de atentado contra a especial proteção do Estado à família assegurado pelo art. 226 da CF, haja vista que a impetrante mantém vínculo de união estável com brasileiro.
> - É certo que a teleologia da norma que rege a matéria busca tutelar o controle da situação dos estrangeiros em território nacional. E, neste caso, não se pode considerar como ameaçadora ou nociva a situação da impetrante - professora, e que constituiu família com brasileiro - apenas porque incorreu em ínfima permanência irregular no território nacional, devidamente justificada, tendo sobrevindo concessão de visto permanente em seu favor.
> - Nega-se provimento ao recurso.
> (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 342901 - 0013417-14.2012.4.03.6100, Rel. JUIZA CONVOCADA LEILA PAIVA, julgado em 05/05/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/05/2016)

Por fim, destaca-se que a 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, sendo impossível quitá-la sem o sacrifício de seu sustento pessoal e de sua família.

Ainda que assim não fosse, há uma particularidade no caso de fundamental importância para o deslinde da causa, qual seja, o autor aqui constituiu família e teve filho brasileiro, o que lhe garantiu a condição de estrangeiro regular no território nacional, nos termos do artigo 75, da Lei 6.815/1980, *verbis*:

> Art. 75. Não se procederá à expulsão: (Renumerado e alterado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)
> I - se implicar extradição inadmitida pela lei brasileira; ou (Incluído incisos, alíneas e §§ pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)
> II - quando o estrangeiro tiver:
> a) Cônjuge brasileiro do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de 5 (cinco) anos; ou
> b) filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente.
> § 1º. não constituem impedimento à expulsão a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro supervenientes ao fato que o motivar.
> § 2º. Verificados o abandono do filho, o divórcio ou a separação, de fato ou de direito, a expulsão poderá efetivar-se a qualquer tempo.

Tal especificidade, aliás, constou expressamente do respectivo auto de infração: "permanência definitiva por filho" (fl. 20).

Desta forma, no momento da lavratura do auto de infração (16.12.2013), a permanência do autor no país já estava assegurada pela existência do filho brasileiro, sob sua guarda e dependência econômica, eis que menor de idade.

Nesse sentido:

> ESTRANGEIRO. PERMANÊNCIA NO BRASIL HÁ MAIS DE 10 ANOS. PROLE BRASILEIRA. MULTA. ARTIGO 75, II, DO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO. SENTENÇA MANTIDA.
> 1. A parte autora requer a desconstituição de multa aplicada pela União Federal, em razão de

sua permanência irregular em solo brasileiro no valor de R$ 827,75 (oitocentos e vinte e sete reais e setenta e cinco centavos).
2. O comparecimento espontâneo da autora à Delegacia de Polícia de Imigração (DELEMIG), em Palmas, para regularizar sua permanência em solo brasileiro resultou em uma multa, pois estaria irregular no país há mais de 2.295 (dois mil, duzentos e noventa e cinco) dias.
3. "Como ao tempo da autuação a impetrante já havia implementado requisito de permanência no país: ter filhos brasileiros - pendendo a regularização de sua situação apenas da superação de entraves burocráticos -, afasta-se a multa aplicada, ante a presença de causa impeditiva". (AMS n. 000019679.2007.4.01.30000/AC, Relator Juiz Federal Convocado Evaldo de Oliveira Fernandes, Quinta Turma, e-DJF1 de 30/09/2011, p. 601).
4. "Forte na alínea 'b' do inciso II do art. 75 da Lei 6.815/88, a circunstância do autor - estrangeiro, ser residente no Brasil há mais de vinte e dois anos - ser pai de quatro filhos brasileiros infirma a presunção de validade do ato, emanado pela Polícia Federal, que, desacertadamente, lhe aplicou autuação e multa." (AC n. 002690616.2011.4.01.3900/PA, Relator Desembargador Federal Kássio Marques, e-DJF1 de 28/04/2015)
5. Recursos conhecidos e não providos.
(TRF1, APELAÇÃO 0009914-36.2014.4.01.4300, Rel. Des. Fed. Kassio Nunes Marques, e-DJF1 24/10/2016)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ESTRANGEIRO. CASADO. FILHO. PERMANÊNCIA IRREGULAR. DEPORTAÇÃO. INCABIMENTO.
I. Trata-se de remessa oficial e apelação de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, para anular o Auto de Infração e Notificação nº 011/201/DPF/PB e o Termo de Notificação nº 001/2012/DPF/PB, que, respectivamente, aplicou multa imposta no art. 25, II, da Lei nº 6.815/80, por ter o autor, estrangeiro (nigeriano), extrapolado o prazo legal de estada no país, e determinou a saída do território nacional.
II. O Estatuto do Estrangeiro em vigor (Lei nº 6.815, de 19/08/1980), ao cuidar da expulsão do estrangeiro, medida de caráter evidentemente punitivo, cuja estada no território nacional não é desejada ou desejável, prevê, em seu artigo 75, II, alínea "b", que o mesmo não será expulso quando tiver filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente.
IV. O referido dispositivo legal diz respeito apenas ao instituto da Expulsão, que é um processo pelo qual um país determina a saída do estrangeiro de seu território, em razão de um crime ali praticado ou comportamento nocivo aos interesses nacionais, ficando-lhe vedado o retorno ao pais de onde foi expulso. O caso não se trata de expulsão, mas de deportação proveniente de estada irregular em território brasileiro. Contudo, as hipóteses de vedação à expulsão podem ser utilizadas para o caso de deportação (casamento e filho).
V. O autor é casado com brasileira e possui filho dependente economicamente. Inclusive, requereu a permanência definitiva estando em tramitação o respectivo processo administrativo, já tendo sido reconhecido nele, a autenticidade da certidão de casamento (fls. 231/249).
VI. Com o objetivo precípuo de proteção à família, o STF editou a Súmula nº 01, nos seguintes termos: "É vedado a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna."
VII. Remessa oficial e apelação improvidas.
(TRF5, APELREEX 0007022-54.2012.4.05.8200, Rel. Des. Fed. Ivan Lira de Carvalho, DJE 13/11/2014)

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE MULTA - AUTO DE INFRAÇÃO - VISTO DE PARMANÊNCIA TEMPORÁRIA A ESTRANGEIRO - VENCIMENTO - NASCIMENTO DE FILHA BRASILEIRA SITUAÇÃO QUE OBSTA A AUTUAÇÃO.
1. A autora, estrangeira, mantinha visto de permanência provisória no país, que vencera em fevereiro de 1993. O prazo para requerimento do visto de permanência definitivo era de 90

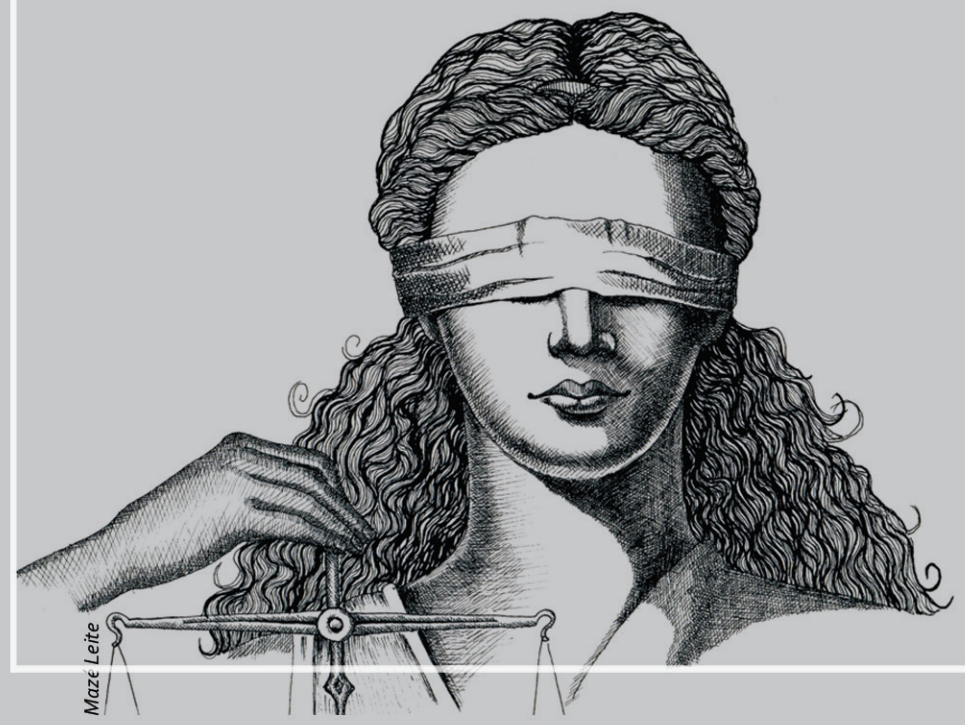
dias após o vencimento do visto de permanência provisória.
2. Ultrapassado esse período, a autora sofreu autuação, nos termos do art. 125, II da lei 6.815/80.
3. No entanto, afasta-se a aplicação da autuação, ante a existência de causa impeditiva. É que, quando o visto de permanência provisória da autora ainda era válido, sua filha brasileira, já havia nascido (13/05/1992), conforme documento de fl.31.
4. Nos termos do art. 75, II B da lei 6815/88, é causa em que se obsta qualquer processo de expulsão, quando o estrangeiro tiver "filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente".
5. Ou seja, quando da lavratura do auto de infração impositivo de multa, sua permanência no país já estava assegurada por outro motivo: Ter filha brasileira. E mais, este "outro motivo" ocorreu muito antes (ainda em 1992) quando a autora estava dentro do prazo de permanência (que repita-se, só acabava em 02/1993). Por esses motivos, a sentença deve ser mantida.
6. Negado provimento à apelação e à remessa oficial.
(TRF3, APELREEX 0024933-61.1994.4.03.6100, Rel. Juiz Conv. Leonel Ferreira, e-DJF3 22/11/2010)

No mesmo sentido, precedente desta C. Turma:

DIREITO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LEI 6.815/1980. ESTATUTO DO ESTRANGEIRO. ARTIGO 125, III. PERMANÊNCIA NO PAÍS. PRAZO. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA. FILHO MENOR BRASILEIRO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E OBSCURIDADE. SUPRIMENTO.
1. Embargos declaratórios parcialmente acolhidos para corrigir a fundamentação adotada no julgamento anterior.
2. O autor, nacional do Paraguai, ingressou no país em 25/10/2009, requerendo sua permanência provisória em 2010, a qual foi concedida; constituiu família com brasileira, tendo filho nascido em 09/12/2011, casando-se em 20/04/2013; expirado prazo de permanência temporária no país em 28/06/2013, protocolou pedido de permanência definitiva em 09/02/2015, sendo autuado, com aplicação de multa, em 11/03/2015, por infringência ao artigo 125, II, da Lei 6.815/1980.
3. O artigo 5º da Lei 11.961/2009 revela-se impertinente ao caso concreto, pois o autor ingressou no país em outubro/2009 (artigo 1º), já tendo usufruído da residência provisória.
4. O Decreto 6.975/2009, que "promulga o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul, Bolívia e Chile - A República Argentina, a República Federativa do Brasil, República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, Estados Partes do MERCOSUL, a República da Bolívia e a República do Chile, Estados Associados", embora preveja hipótese de isenção de multas e outras sanções administrativas mais gravosas aos imigrantes dos países signatários (artigo 3º), dispõe expressamente que "a residência temporária poderá ser transformada em permanente, mediante a apresentação do peticionante, perante a autoridade migratória do país de recepção, 90 (noventa) dias antes do vencimento da mesma" (artigo 5º), no entanto, vencida a residência temporária de até dois anos, os imigrantes que "não se apresentarem à autoridade migratória do país de recepção, ficam submetidos à legislação migratória interna de cada Estado Parte" (artigo 6º).
5. O autor aqui constituiu família e teve filho brasileiro antes de vencida sua permanência temporária no país, o que lhe garantiu, desde logo, a condição de estrangeiro regular no território nacional, nos termos do artigo 75, da Lei 6.815/1980 e da jurisprudência. 6. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem qualquer efeito infringente.
(AC 00062997920154036100, rel. Desembargador Federal Carlos Muta, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/08/2017)

Assim, deve ser anulado o auto de infração lavrado.
Ante o exposto, DOU PROVIMENTO à apelação.
É o voto.
Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

Direito Penal



Mazé Leite

AÇÃO PENAL
0011266-82.2011.4.03.6109
(2011.61.09.011266-0)

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Investigados: HELIO DONIZETE ZANATTA E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PIRACICABA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Classe do Processo: APN 523
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/04/2018

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. NULIDADES REJEITADAS. CRIMES LICITATÓRIOS. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO. ENTREGA DE BENS COM ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS EM DESCONFORMIDADE COM AS PREVISTAS NO EDITAL. DANO À FAZENDA PÚBLICA. ARTIGOS 90 E 96, III, DA LEI 8.666/1993. CONDENAÇÃO PARCIAL. REGIME PRISIONAL. CONVERSÃO DA PENA. ABANDONO DE CAUSA. ADVOGADO. MULTA DO ARTIGO 265 DO CPP.

1. Persecução penal para apuração de fraude ao caráter competitivo de licitação para aquisição de equipamentos hospitalares, com a entrega de bens superfaturados e contrariando especificações técnicas constantes do edital: imputação contra Prefeito Municipal, Secretário de Saúde, Diretor do Setor de Compras e Assessor Administrativo da Prefeitura do Município de Charqueada/SP e de empresário, responsável pela gestão das três empresas vencedoras do certame.

2. Denúncia apta e presente a justa causa para a ação penal, ficando rejeitadas as alegações de nulidade: a denúncia foi recebida pelo Juízo *a quo* antes da posse do corréu como Prefeito Municipal; é suficiente a intimação das partes acerca da expedição da carta precatória, dispensando nova intimação quanto à data da respectiva audiência; não é ilícito inverter a ordem de oitiva de testemunhas em diligência de cumprimento de carta precatória para a qual foram regularmente intimadas as partes; e houve indeferimento motivado dos pedidos para realização de perícia e expedição de ofícios, não se cogitando de cerceamento de defesa.

3. A devolução dos valores não extingue a punibilidade e atenua a pena somente quando providenciada pelo próprio agente, o que não ocorreu no caso dos autos.

4. Comprovação de autoria e materialidade delitiva a justificar a condenação dos agentes públicos como incursos nas penas do artigo 90, da Lei 8.666/1993, não, porém, em relação às do crime do artigo 96, III, da mesma legislação. Quanto ao réu, empresário que participou da licitação, restou fartamente demonstrada a autoria e a materialidade delitiva no tocante a ambas as imputações (artigos 90 e 96, III, da Lei 8.666/1993), praticadas em concurso material.

5. Tendo havido o abandono da causa pelo advogado de um dos réus, de modo a exigir a intervenção da Defensoria Pública, cabível a aplicação da multa prevista no artigo 265 do CPP.

6. Ação penal julgada parcialmente procedente.

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: (1) por unanimidade, condenar os réus JORDANO ZANONI, VALDEMIR ANTONIO MALAGUETA e MARCELO MONTEBELLO, pela prática, em concurso de agentes (artigo 29 do CP), do crime do artigo 90 da Lei 8.666/1993, a três anos de detenção, a ser iniciada em regime aberto, e à pena de multa de dois mil e cinquenta e quatro reais e noventa e um centavos, a ser revertida ao Município lesado, devidamente atualizado nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes na prestação de serviços à comunidade ou entidade pública ou privada, pelo mesmo prazo da condenação, e na prestação pecuniária no valor de dez salários-mínimos, para cada réu, em benefício de entidade com destinação social, conforme definido pelo Juízo das Execuções Penais; (2) por maioria, vencido o Desembargador Federal NERY JUNIOR, condenar o réu HELIO DONIZETE ZANATTA, pela prática, em concurso de agentes (artigo 29 do CP), do crime do artigo 90 da Lei 8.666/1993, a três anos de detenção, a ser iniciada em regime aberto, e à pena de multa de dois mil e cinquenta e quatro reais e noventa e um centavos, a ser revertida ao Município lesado, devidamente atualizado nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes na prestação de serviços à comunidade ou entidade pública ou privada, pelo mesmo prazo da condenação, e na prestação pecuniária no valor de dez salários-mínimos, para cada réu, em benefício de entidade com destinação social, conforme definido pelo Juízo das Execuções Penais; (3) por unanimidade, condenar ROBERTO DO NASCIMENTO, pela prática, em concurso material (artigo 69 do CP), dos crimes dos artigos 90 e 96, III, da Lei 8.666/1993, à pena privativa de liberdade de seis anos de detenção, a ser iniciada em regime semiaberto, e à pena de multa de quatro mil, cento e nove reais e oitenta e dois centavos, a ser revertida ao Município lesado, devidamente atualizado nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal; (4) por unanimidade, absolver os réus HELIO DONIZETE ZANATTA, JORDANO ZANONI, VALDEMIR ANTONIO MALAGUETA e MARCELO MONTEBELLO, em relação ao crime do artigo 96, III, da Lei 8.666/1993, com esteio no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal; (5) por unanimidade, condenar o réu ROBERTO DO NASCIMENTO ao pagamento de honorários advocatícios no valor de cinco mil reais a favor do Fundo de Aparelhamento da Defensoria Pública, nos termos dos artigos 263 do CPP e 4º, XXI, da LC 80/1994; e (6) por maioria, condenar o advogado JAILTON ALVES RIBEIRO CHAGAS (OAB 225.930), nas penas do artigo 265 do CPP, por abandono da causa, impondo multa, no mínimo legal, de dez salários mínimos, oficiando-se à OAB e à Fazenda Pública para as providências cabíveis, vencidos os Desembargadores Federais NERY JÚNIOR (que acompanhou o relator apenas quanto à expedição de ofício à OAB), BAPTISTA PEREIRA e NEWTON DE LUCCA (que não aplicavam a multa e não determinavam a expedição de ofício à OAB), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de março de 2018.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Trata-se de ação penal proposta pelo Ministério Público Federal contra HELIO DO-

NIZETE ZANATTA, JORDANO ZANONI, VALDEMIR ANTONIO MALAGUETA, à época e respectivamente, Prefeito Municipal, Secretário de Saúde e diretor do Setor de Compras da Prefeitura de Charqueada/SP, MARCELO MONTEBELLO, proprietário da empresa Fabbrica 5 Consultoria Ltda, que assessorava a Prefeitura de Charqueada/SP na realização de certames, e ROBERTO DO NASCIMENTO, empresário, para apuração de eventual prática de crimes licitatórios, previstos nos artigos 90 e 96, III, da Lei 8.666/1993.

Na denúncia, oferecida em 23/11/2011, o Ministério Público Federal consignou que:

> Consta dos autos que HELIO DONIZETE ZANATTA, na qualidade de Prefeito Municipal, JORDANO ZANONI, na qualidade de Secretário de Saúde, e VALDEMIR ANTONIO MALAGUETA, na qualidade de diretor do Setor de Compras, todos da Prefeitura do Município de Charqueada/SP, valendo-se dos cargos públicos que exerciam, previamente acertados e com unidade de desígnios, juntamente com MARCELO MONTEBELLO, na qualidade de sócio-proprietário da empresa "FABBRICA 5 CONSULTORIA LTDA." que atua na área de consultoria para órgãos públicos, Ostádio João Nogueira, Fauzi Aily, Daibs Aily e ROBERTO DO NASCIMENTO, na qualidade de efetivos administradores das empresas KORUS DO BRASIL LTDA. EPP, FAUZI COMERCIAL DE EQUIPAMENTOS HOSPITALARES LTDA. e MARIA DA SILVA CAMPINAS ME, frustraram e fraudaram o caráter competitivo do procedimento licitatório instaurado para a aquisição de equipamentos e materiais permanentes para unidade de saúde com recursos do Convênio nº 1949/2003, celebrado com o Ministério da Saúde, mediante vários expedientes fraudulentos, com o propósito de proporcionar vantagem indevida decorrente da adjudicação do objeto da licitação para as indigitadas pessoas jurídicas e seus administradores, sem a devida competitividade, com valores superfaturados.
> Consta, ademais, que Ostádio João Nogueira, Fauzi Aily, Daibs Aily e ROBERTO DO NASCIMENTO, na qualidade de efetivos administradores das empresas KORUS DO BRASIL LTDA. EPP, FAUZI COMERCIAL DE EQUIPAMENTOS HOSPITALARES LTDA. e MARIA DA SILVA CAMPINAS ME, em conluio e mediante a aceitação voluntária e consciente de HELIO DONIZETE ZANATTA, JORDANO ZANONI e VALDEMIR ANTONIO MALAGUETA, no exercício de suas funções públicas, e MARCELO MONTEBELLO, consultor contratado pela Prefeitura, fraudaram, em prejuízo das Fazendas Públicas municipal e federal, contrato e licitação pública na modalidade convite para a aquisição de equipamentos e materiais permanentes para unidade de saúde com recursos do Convênio nº 1949/2003, mediante a entrega de mercadorias à Prefeitura Municipal com especificações diversas daquelas constantes do Plano de Trabalho aprovado pelo Ministério da Saúde e do edital da licitação.
> [...]
> Aos 31 de dezembro de 2003 o Município de Charqueada/SP, à época representado e administrado por seu prefeito, o acusado HELIO, celebrou o Convênio nº 1949/2003 com a União, por meio do Fundo Nacional de Saúde, vinculado ao Ministério da Saúde, para aquisição de equipamentos e materiais permanentes para unidade de saúde, visando o fortalecimento do Sistema Único de Saúde - SUS, no valor de R$ 67.988,00 (sessenta e sete mil, novecentos e oitenta e oito reais). Competia ao Ministério da Saúde repassar o valor de R$ 63.980,00 (sessenta e três mil, novecentos e oitenta reais), enquanto o Município de Charqueada/SP, a título de contrapartida, obrigou-se a participar com a quantia de R$ 4.008,00 (quatro mil e oito reais), conforme cópia do instrumento do convênio às fls. 07/14 do Ap. I, vol. I.
> Na data de 21 de junho de 2004, sob a consultoria da empresa "FABBRICA 5 CONSULTORIA LTDA.", de propriedade do acusado MARCELO MONTEBELLO, foi instaurado processo de licitação na modalidade de convite (carta convite nº 19/04), visando à aquisição dos mencionados equipamentos hospitalares (fls. 106/107 do Ap. I, vol. I).
> Todos os atos do processo licitatório, desde a escolha de sua modalidade, incluindo a minuta do edital, o envio das cartas-convites para as empresas participantes e o julgamento das propostas foram realizados principalmente pelo acusado VALDEMIR, à época Diretor do Setor de

Compras do Município de Charqueada/SP, sob orientação e assessoria de MARCELO, conforme se depreende dos depoimentos de fls. 146/147, 149/150, 154/155, 157/158, 167/168 e 170/171.
Além das empresas KORUS DO BRASIL LTDA. EPP, FAUZI COMERCIAL DE EQUIPAMENTOS HOSPITALARES LTDA. e MARIA DA SILVA CAMPINAS ME (MS), vencedoras do certame licitatório (propostas às fls. 126/130, 116/120 e 121/125 do Ap. I, vol. I, respectivamente), somente a empresa "Comercial Denk Ltda." também participou da licitação (proposta às fls. 131/135 do Ap. I, vol. I).
Convenientemente, cada uma das empresas sagraram-se vencedoras na licitação, todas administradas pelas mesmas pessoas, em proposta oferecida a 02 (dois) dos equipamentos médicos licitados, de maneira que o valor total oriundo das adjudicações foi dividido entre as mesmas, o que, por sua vez, evidencia o direcionamento prévio do resultado do referido certame em favor das referidas pessoas jurídicas, conforme demonstra o quadro abaixo:

ITEM	*QTDE*	*EMPRESA VENCEDORA*	*PROPOSTA*
Desfibrilador	1	FAUZI	R$ 22.388,00
Eletrocargiógrafo	1	KORUS	R$ 8.088,00
Carro maca para UTI	2	MS	R$ 10.103,80 cada
Carro de emergência	2	MS	R$ 1.996,00 cada
Foco cirúrgico	1	FAUZI	R$ 6.794,00
Bomba de infusão peristáltica	1	KORUS	R$ 7.027,50

Ocorre que ao longo das investigações iniciadas no Inquérito Civil Público nº 1.34.008.100020/2009-12 (cópia no Ap. I, vol. I, II e III) e que tiveram prosseguimento no inquérito policial que embasa esta denúncia, diversas irregularidades foram constatadas no processo licitatório nº 19/04, por ocasião da verificação da execução do Convênio nº 1949/2003, bem como da avaliação do cumprimento do objeto e dos objetivos definidos no Plano de Trabalho aprovado.
Uma delas, corroborada, em especial, pelos depoimentos dos acusados JORDANO (fls. 127/128) e VALDEMIR (fls. 154/155), diz respeito à ausência da necessária pesquisa prévia de preços do objeto da licitação, seja na fase da apresentação das justificativas do Plano de Trabalho, anterior ao convênio, seja na fase prévia à licitação, contrariando o disposto nos artigos 40, § 2º, II, e 43, IV, da Lei 8.666/93, que assim dispõem:
[...]
Com relação à habilitação das empresas licitantes, frise-se que não constou do edital (fls. 106/107 do Ap. I, vol. I) - de responsabilidade da comissão de licitações, sob orientação e assessoria de MARCELO, na qualidade de consultor da Prefeitura de Charqueada/SP -, qualquer exigência de apresentação dos atos constitutivos das pessoas jurídicas, certidões de regularidade fiscal, regularidade junto à Previdência Social e FGTS, tampouco prova de inscrição no CNPJ ou no Cadastro de Contribuintes Estadual e/ou Municipal. Ou seja, foram dispensadas todas as exigências que permitiriam a análise da regularidade formal das empresas participantes da licitação.
Em licitações na modalidade convite, o próprio ente executor do certame detém a iniciativa de encaminhar os convites às empresas potencialmente interessadas no objeto da licitação. Além disto, esta modalidade possui tramitação e exigências muito mais simplificadas, como a possibilidade de dispensa da comprovação da habilitação jurídica e técnica, por ser destinada a compras de menor vulto. No convite, ademais, a publicidade, apesar de exigida, é muito mais restrita, o que reduz consideravelmente a competitividade do certame. Tais situações facilitam o direcionamento da licitação para determinadas pessoas físicas e/ou jurídicas, como ocorreu nos presentes autos.
Apurou-se que a gestão das três empresas vencedoras da indigitada licitação, à época dos fatos,

era exercida por um único grupo de pessoas que, portanto, compartilhavam interesses comuns. A administração das empresas vencedoras era exercida de fato por Ostádio João Nogueira, Fauzi Aily, Daibs Aily e o acusado ROBERTO DO NASCIMENTO, que se utilizaram de interpostas pessoas, popularmente conhecidas como "laranjas", para constituir o quadro societário das empresas vencedoras da licitação, para, por meio delas, simularem a participação e a competição inexistentes no certame, com vistas a obterem a adjudicação do objeto mediante preços superfaturados.
A perícia (laudo às fls. 59/73) realizada nos itens adjudicados pela Prefeitura de Charqueada/SP constatou sobrepreço em 05 (cinco) dos 06 (seis) equipamentos, tendo causado prejuízo ao erário no montante de R$ 18.944,53 (dezoito mil, novecentos e quarenta e quatro reais e cinquenta e três centavos), conforme demonstra o quadro abaixo:

ITEM	*Qtde*	*Vr.unit.adjudicado*	*Vr. mercado*	*(%) sobrepreço*
Desfibrilador	1	R$ 22.388,00	R$ 12.247,77	82,79%
Eletrocargiógrafo	1	R$ 8.088,00	R$ 5.415,30	49,35%
Carro maca para UTI	2	R$ 10.103,80	R$ 8.662,35	16,64%
Foco cirúrgico	1	R$ 6.794,00	R$ 5.293,44	28,34%
Bomba de infusão peristáltica	1	R$ 7.027,50	R$ 3.837,91	83,10%

Além disso, a perícia (fls. 59/73) demonstrou que 04 (quatro) dos itens adjudicados pela Prefeitura NÃO atenderam às especificações técnicas constantes do edital (convite) da licitação (fls. 111/113 do Ap. I, vol. I), tendo sido entregues ao Município produtos inferiores àqueles previstos no edital, conforme demonstra o quadro abaixo:

ITEM	*Qtde*	*Desconformidade apurada*	*Fls.*
Desfibrilador	1	Não possui marcapasso e não atua como um DEA	62/63
Eletrocardiógrafo	1	O modelo adquirido não realizava todas as funcionalidades (registro e impressão) em um único aparelho	63/64
Carro de emergência	2	Fabricado em metal pintado, com 04 gavetas, ao invés de material plástico lavável, com 03 gavetas	65/66
Foco cirúrgico	1	Luminosidade de 115.600 lux, ao invés de 190.000 lux	66/67

Não bastasse, o edital de convite (fls. 106/113 do Ap. I, vol. I) foi elaborado com base em um Plano de Trabalho reformulado unilateralmente pela Prefeitura de Charqueada/SP sem a aprovação prévia do Ministério da Saúde (fls. 93/99 do Ap. I, vol. II), com a modificação de diversos equipamentos médicos constantes no Plano de Trabalho originário (fls. 55/60 do Ap. I, vol. II) vinculado ao convênio federal.
Pelo motivo acima, consignou-se no sobredito laudo pericial que os "carros maca adquiridos pela Prefeitura Municipal de Charqueada apresentam especificações técnicas muito superiores às constantes no Edital e no Plano de Trabalho Aprovado, elevando o custo de aquisição em contrapartida a uma demanda de atendimento pequena para um município de baixa população. O modelo adquirido pela Prefeitura foi o 808LX fabricado pela empresa MERCEDES IMEC e possui sistema hidráulico de elevação de altura do leito, pedal centralizado de travamento, rodízios especiais, etc, itens não previstos no Plano de Trabalho e Carta Convite. Conforme Nota Técnica emitida pela Diretoria de Investimentos e Projetos Estratégicos do Ministério da Saúde em 03/05/2007 (fls. 454 a 461 do volume 2 do Inquérito Civil 1.34.008.100020/2009-12), em função do elevado custo deste modelo de equipamento, muito provavelmente sua

aquisição seria objetada pelo Ministério da Saúde em função do porte da instituição (baixa demanda de atendimento)" (fls. 64/65).
No dia 29 de junho de 2004, o acusado JORDANO, ciente das irregularidades que maculavam a licitação, em mapa de cotações incompleto (fl. 137 do Ap. I, vol. I), deu parecer favorável para que as propostas das empresas KORUS, FAUZI e MARIA DA SILVA CAMPINAS ME. fossem consideradas vencedoras em dois equipamentos cada uma (fl. 137 do Ap. I, vol. I).
Aos 05 de julho de 2004, o denunciado HELIO, também sabedor da fraude em curso, proferiu despacho de homologação e adjudicação da licitação em benefício das referidas empresas (fl. 138 do Ap. I, vol. I). Os valores destinados à aquisição dos equipamentos e materiais permanentes para unidade de saúde foram pagos às pessoas jurídicas no período de 30/07/2004 a 14/09/2004, tendo sido estes fornecidos à Prefeitura no dia 26/07/2004 (fls. 145/161 do Ap. I, vol. I).
A administração promíscua e comum das empresas KORUS, FAUZI e MS por Ostádio João Nogueira, Fauzi Aily, Daibs Aily e o acusado ROBERTO, ocultada mediante a utilização de sócios-"laranjas", foi fartamente comprovada.
Com base nas informações obtidas em pesquisa realizada junto ao INFOSEG, constatou-se que os endereços das mencionadas empresas e respectivos sócios/titulares apresentam diversas semelhanças, conforme pode ser observado no quadro abaixo:

Fauzi Comercial de Equipamentos Hospitalares Ltda.

Sócios/titular	*Endereço*
-	R. Vinte Seis de Março, 31, Bonfim, Campinas/SP
Fauzi Aily	*R. Raul Leme de Paula, 91, Jd. Paulistano, Campinas/SP*
Maria Aparecida da Silva	R. José Alves Nobre, 743, Jd. Bom Retiro, Sumaré/SP

Korus do Brasil Ltda. EPP

Sócios/titular	*Endereço*
-	Senhorinha Constância Soares, 134, Jd. Bom Retiro, Sumaré/SP
Ostádio João Nogueira	R. Apicas, 35, V. Costa e Silva, Campinas/SP
Ruth do Nascimento	R. Cel. Antonio Alvaro, 344, V. Industrial, Campinas/SP

Maria da Silva Campinas ME

Sócios/titular	*Endereço*
-	*R. Raul Leme de Paula, 93, Jd Paulistano, Campinas/SP*
Maria da Silva	R. Raimundo Alves Diniz, 136, Jd. Bom Retiro, Sumaré/SP

Além disto, de acordo com o teor dos depoimentos colhidos em sede policial e nas pesquisas realizadas nos bancos de dados do INFOSEG e do CNIS, os quadros societários das empresas vencedoras se interligam, ainda que de maneira indireta.
A pessoa jurídica FAUZI tem como sócios Fauzi Aily, irmão de Daibs Aily, e Marcia Aparecida da Silva, filha de Maria da Silva, que, por sua vez, é titular da firma individual MARIA DA SILVA CAMPINAS ME (MS) e tem por último vínculo empregatício um contrato de trabalho com uma empresa de limpeza (fl. 69 do Ap. I, vol. I).
Marcia Aparecida da Silva recebe benefício de prestação continuada, na modalidade amparo social à pessoa portadora de deficiência (LOAS), desde 2003 (fl. 86 do Ap. I, vol. I), condição esta incompatível com a de uma empresária.

Ruth do Nascimento, ouvida às fls. 226, afirmou nunca ter exercido qualquer cargo de diretoria da empresa KORUS, tendo tão somente emprestado seu nome para o ato constitutivo da referida pessoa jurídica a pedido de seu irmão, o acusado ROBERTO, real responsável pela administração da sociedade. No mesmo sentido foi o depoimento de Ostádio João Nogueira (fl. 21), que atribuiu a ROBERTO a condução da empresa da qual é sócio-proprietário juntamente com Ruth do Nascimento.

Por outro lado, Deborah Aily, filha de Daibs Aily e sobrinha de Fauzi Aily, esclareceu que seu genitor, além de ter sido proprietário "de fato" e administrador da FAUZI, também administrava a empresa MS, cuja titular, Maria da Silva, havia prestado serviços de limpeza à empresa de Daibs Aily, na condição de diarista (fls. 89/90). Declarou, outrossim, que seu pai e ROBERTO mantinham outra "sociedade informal", cuja administração era exercida por este último.

Cumpre registrar que o próprio denunciado ROBERTO, por ocasião de seu depoimento policial (fls. 177/178), informou ter trabalhado na empresa MS à época dos fatos, mesmo período em que, segundo sua irmã, Ruth, administrava a empresa KORUS e mantinha sociedade com Daibs Aily, administrador da FAUZI e MS.

Esmiuçada toda a fraude à licitação, resta agora descrever o papel e a conduta de cada um dos denunciados na empreitada criminosa.

Helena Tereza Sartori de Paula (fls. 146/147), Wagner Jorge (fls. 149/150), Doralice Fatima Leonel (fls. 157/158), Romeu Antonio Verdi (fls. 167/168) e Rogério Pereira Zanirato (fls. 170/171), membros da comissão de licitação à época dos fatos, afirmaram, uníssonos, que coube ao servidor municipal e ora denunciado VALDEMIR, responsável pelo Setor de Compras da Prefeitura de Charqueada/SP, assessorado pelo acusado MARCELO, proprietário da empresa de consultoria "FABBRICA 5 CONSULTORIA LTDA.", a elaboração de toda a parte formal do procedimento licitatório, inclusive das cartas-convites.

O denunciado VALDEMIR foi ouvido às fls. 154/155, oportunidade em que afirmou que a escolha da modalidade de licitação e a formulação do procedimento licitatório referente ao Convênio nº 1949/2003 foram realizadas pela empresa de assessoria "FABBRICA 5 CONSULTORIA LTDA.", sendo que coube ao setor sob sua responsabilidade apenas a expedição das cartas-convites para as empresas do ramo de equipamentos hospitalares constantes do pré-cadastro mantido na Prefeitura. Segundo afirmado perante a autoridade policial, VALDEMIR recebeu do Secretário de Saúde, JORDANO, Plano de Trabalho já com os valores dos equipamentos a serem adquiridos após a celebração do referido convênio, tendo agido de acordo com as orientações da empresa de assessoria sob o comando do denunciado MARCELO. A respeito da exigência de prévia pesquisa de preços, VALDEMIR disse que: "o procedimento normal era um prévio levantamento de preços pelo setor de compras, sob responsabilidade do declarante e apenas após esse levantamento era escolhida a modalidade de licitação; QUE no entanto, no presente caso, foi optado pelos valores constantes no plano de trabalho realizado pelo secretário de saúde municipal (...) QUE a partir desse plano de trabalho elaborado pelo secretário municipal de saúde, o declarante elaborou o documento de fls. 98 (Apenso I, Vol. 01), em vez de realizar as pesquisas de preço como é de costume (...) QUE não foi feita, pelo declarante, qualquer pesquisa de preços para verificar se eles estavam condizentes com o praticado no mercado" (sic) (fls. 154/ 155).

JORDANO, ouvido às fls. 127/128, afirmou ter sido o responsável pelo levantamento dos equipamentos necessários à unidade de saúde do Município de Charqueada/SP, tendo-o encaminhado ao então prefeito, o acusado HELIO, objetivando a celebração de convênio com o Ministério da Saúde para a aquisição dos referidos bens. Declarou, outrossim, ter participado novamente do processo licitatório por meio da aprovação da planilha encaminhada pela comissão de licitação contendo os valores de cada item a ser adquirido pela Municipalidade. Informou, ademais, não ter procedido a qualquer pesquisa para verificação dos preços unitários dos equipamentos a serem adjudicados, tendo apenas os comparado às próprias propostas apresentadas pelas empresas licitantes.

Posteriormente, JORDANO (fl. 263), contradizendo-se, declarou ter realizado pessoalmente, por ocasião da elaboração do Plano de Trabalho encaminhado ao Ministério da Saúde, a pesquisa dos preços unitários dos equipamentos que seriam adquiridos pela Prefeitura. Afirmou, outrossim, ter realizado a referida pesquisa por meio de telefonemas a empresas do ramo e consultas à internet, em razão do exíguo prazo estabelecido pelo órgão de Brasília/DF para a liberação das verbas federais. Contudo, não apresentou qualquer prova desta alegada pesquisa de preços.

De sua parte, o acusado HELIO também teve atuação fundamental para a prática da fraude. Na qualidade de prefeito, foi o responsável pela celebração e execução do Convênio nº 1949/2003 e pelo Convite nº 19/04, pela homologação do certame e adjudicação do objeto, bem como chancelou as ações dos acusados JORDANO, VALDEMIR e MARCELO, ciente das irregularidades que estavam sendo praticadas.

Destarte, conclui-se que o processo licitatório foi montado fraudulentamente pelos acusados JORDANO, VALDEMIR e MARCELO, com a concordância de HELIO, com vistas a favorecer indevidamente Ostádio João Nogueira, Fauzi Aily, Daibs Aily e o acusado ROBERTO.

De outro lado, Ostádio João Nogueira, Fauzi Aily, Daibs Aily e o denunciado ROBERTO, na condição de proprietários e administradores "de fato" das três empresas licitantes vencedoras, fraudaram o caráter competitivo da licitação, por meio da formulação de propostas comerciais previamente ajustadas, de maneira que cada pessoa jurídica se sagrasse vencedora em 02 (dois) dos equipamentos adjudicados. Utilizaram-se das pessoas jurídicas que administravam para simular uma inexistente competitividade entre elas.

O direcionamento da licitação já traz consigo a presunção de lesão ao erário público, pois acarreta na ausência de competitividade real do certame em decorrência do afastamento da participação de outras empresas na disputa, as quais poderiam ter verdadeiramente oferecido propostas em valor menor do que aquele contratado com as empresas KORUS, FAUZI e MS.

No presente caso, o prejuízo ao património público foi evidenciado pelo laudo pericial, que constatou superfaturamento na aquisição dos bens adjudicados pela Prefeitura, consoante exposto acima.

Ao direcionarem o objeto da licitação, os acusados HELIO, JORDANO e VALDEMIR distanciaram-se do interesse público que deveria nortear as suas atuações enquanto agentes públicos, para favorecer indevidamente particulares. Olvidaram-se das razões que obrigam a Administração Pública a realizar as suas aquisições através de licitação, quais sejam, a busca da proposta mais vantajosa para o Poder Público e a igualdade de condições na participação dos administrados.

Constata-se, portanto, que os denunciados HELIO DONIZETE ZANATTA, JORDANO ZANONI, VALDEMIR ANTONIO MALAGUETA, MARCELO MONTEBELLO e ROBERTO DO NASCIMENTO, com o claro propósito de direcionar o objeto da licitação (equipamentos e materiais permanentes para unidade de saúde) a empresas previamente determinadas - KORUS, FAUZI e MS, frustraram, de forma consciente e voluntária, a licitude e a competitividade do procedimento licitatório, através dos expedientes fraudulentos narrados acima, para assegurar a obtenção de vantagem indevida aos administradores de tais empresas.

Ademais, o acusado ROBERTO DO NASCIMENTO, em conluio e mediante a aceitação voluntária e consciente dos denunciados HELIO, JORDANO, VALDEMIR e MARCELO, fraudou, em prejuízo das Fazendas Públicas municipal e federal, contrato e licitação pública na modalidade convite, mediante a entrega de mercadorias (equipamentos médicos) à Prefeitura Municipal diversos daqueles constantes do Plano de Trabalho aprovado pelo Ministério da Saúde e do edital da licitação.

[...]

Ante o exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL denuncia:

a) HELIO DONIZETE ZANATTA, JORDANO ZANONI, VALDEMIR ANTONIO MALAGUETA, MARCELO MONTEBELLO e ROBERTO DO NASCIMENTO como incursos nas penas dos artigos 90 e 96, inciso III, da Lei 8.666/93; [...] (f. 294/318).

Na mesma denúncia, o Ministério Público Federal também imputou aos funcionários públicos Clélia Dieb Pimentel Abreu, Francisco de Jesus Ferreira Filho e Edmar Martins de Arruda, no mesmo contexto fático, o crime de falsidade ideológica (artigos 299 c/c 61, II, b, CP), ao declararem a não malversação dos recursos públicos, para a aprovação das contas do convênio. Quanto a esses corréus, no entanto, houve proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89 da Lei 9.099/1995 (f. 287/8 e 482/3), sendo determinado o desmembramento do feito para evitar tumulto processual (f. 496/8v).

A denúncia foi precedida de inquérito policial (volumes 1 e 2) e inquérito civil (apenso, com três volumes), e *recebida em 28/11/2011* (f. 319/20).

Citados, os réus responderam à acusação (f. 351/3, 359/82, 393/4, 397/437 e 449/50), manifestando-se o MPF (f. 467/70).

Concluindo pela inexistência de quaisquer das hipóteses previstas no artigo 397, CPP, o Juízo *a quo* determinou, em 13/09/2013, o prosseguimento do feito, nos termos dos artigos 399 e seguintes do CPP (f. 496/8v).

Em audiência de 05/12/2013, foi comunicada a posse e exercício do réu HELIO DONIZETE ZANATTA como Prefeito do Município de São Pedro/SP, desde *01/01/2013*, sendo declinada a competência do feito para este Tribunal (f. 550/5).

Distribuídos os autos nesta Corte em 25/04/2014 (f. 599), foi reafirmada a ausência de circunstâncias para a absolvição sumária dos denunciados, determinando-se o prosseguimento processual, mantido o desmembramento do feito (f. 605/8).

Foram ouvidas as seguintes testemunhas: Renato Gurgel de Magalhães Pinheiro (f. 840/3); Ruth do Nascimento (f. 853 e 857); Artur Pedro Junior (f. 854 e 857); Deborah Aily (f. 862/4); Noedy Santos (f. 960/1 e 966); Wagner Jorge (f. 962/3 e 966); Helena Tereza Sartori de Paula (f. 964/6); Rogério Pereira Zanirato (f. 972/4); Luis Carlos Piedade (f. 977/8 e 987); Antonio José Crespilho (f. 979/80 e 987); Sidinei Zotelle (f. 981/2 e 987); Doralice Fátima Leonel (f. 983/4 e 987); Luciane Maria Montibeller (f. 985/7); Carlos Augusto Borges (f. 1.013/4); Valmor Flores Pinto (f. 1.061/2); Antônio Ademir Mazzi (f. 1.104/6); Danielle Zanardi Leão (f. 1.121/v); Juliana Meyer (f. 1.122/v); Jorge Eduardo Vasconcelos Zangarini (f. 1.219/20); Simone Teixeira (f. 1.288/9); Celso Henrique de Azevedo Marques (f. 1.447/8); e Eduardo Speranza Modesto (f. 1.482/3).

Em 03/08/2016, foi determinada a intimação das partes para cumprimento do artigo 10 da Lei 8.038/1990 (f. 1.506). Apresentadas as manifestações (f. 1.502, 1.507, 1.512/5, 1.516/7, 1.518/9, 1.545, 1.549/51), os pedidos de produção de prova pericial e de expedição de ofícios foram indeferidos (f. 1.552/4).

Foram interrogados os réus ROBERTO DO NASCIMENTO (f. 1.674/6), JORDANO ZANONI (f. 1.705 e 1.709), MARCELO MONTEBELLO (f. 1.706 e 1.709), VALDEMIR ANTONIO MALAGUETA (f. 1.707 e 1.709) e HELIO DONIZETE ZANATTA (f. 1.715/6).

Em 05/05/2017, foi reconhecido que HELIO DONIZETE ZANATTA foi reeleito ao cargo de Prefeito do Município de São Pedro/SP, para o período de 2017 a 2020 (f. 1.718/9).

Os autos foram-me redistribuídos a partir de *14/05/2017* (Ato 03/2017 da Presidência desta Corte - f. 1.721).

Houve alegações finais do Ministério Público Federal, pugnando pela procedência do pedido (fls. 1.724/34).

Os réus, por sua vez, alegaram em razões finais que:

MARCELO MONTEBELLO: (1) não foi intimado da sessão para o recebimento da denún-

cia e prosseguimento da ação penal, na qual pretendia fazer sustentação oral (artigo 6º, § 1º, da Lei 8.038/1990), gerando nulidade do processo desde a decisão de 27/05/2014 (f. 605/8); (2) a denúncia é inepta, por ausência de descrição individualizada das condutas, dificultando a defesa; (3) jamais teve contato com os empresários denunciados ou funcionários do Ministério da Saúde; (4) inexiste vínculo subjetivo com os demais denunciados; (5) apenas acompanhou a fase interna da licitação, opinando quanto à modalidade do certame, redigindo minutas do edital e do contrato, assessorando a comissão quanto às etapas formais, acompanhando a abertura dos envelopes, sem qualquer poder sobre o julgamento, adjudicação ou gestão de recursos; (6) todas as suas ações eram conferidas pelo diretor do Departamento de Compras, Comissão de Licitação, Procuradoria do Município, Prefeito Municipal, Secretário de Saúde, que "entenderam que a pesquisa prévia de preços estaria consubstanciada no plano de trabalho homologado pelo Ministério da Saúde", tornando desnecessária nova pesquisa, pois "a aprovação dos preços e do plano de trabalho pela União [...] eram mais do que suficientes para balizar o réu acerca do escopo de preços delineado por estas autoridades superiores"; (7) os fatos ocorreram entre 2003 e 2004, quando o uso da internet não era corriqueiro como nos dias atuais; (8) falta justa causa à ação penal; (9) a modalidade convite justificava-se no caso em razão do previsto nos artigos 22 e 23, II, a, da Lei 8.666/1993; (10) as empresas já tinham prévio cadastro junto ao Município, não havendo que se falar em direcionamento do certame; (11) "ao ser indagado pela comissão de licitação e departamento de compras, simplesmente opinou no sentido de que a documentação da habilitação poderia ser parcialmente dispensada, tendo em vista a regra estabelecida no artigo 32, § 1º da Lei de Licitações"; (12) quem enviou os convites, por correio, às empresas foi o departamento de compras, existindo aviso de recebimento das correspondências devidamente cumpridos e assinados; (13) nenhuma empresa enviou representante legal para o dia de abertura dos envelopes; (14) não havia como saber que o quadro societário das empresas habilitadas não correspondia à realidade; (15) tal contexto fático fez "com que fosse feita apenas uma análise simplória quanto à habilitação, conforme prevê a lei, e uma análise quanto às propostas", apenas opinando para que a licitação fosse aprovada pelo menor preço; (16) o plano de trabalho, idealizado pelo Secretário Municipal de Saúde e aprovado pelo Ministério da Saúde, foi seguido como norte ao trabalho e procedimento desenvolvidos; (17) nenhuma das empresas apresentou proposta escrita com equipamento ou descrição diversa daquela previamente exigida pela Prefeitura, conforme plano de trabalho; (18) as empresas dos denunciados não eram fornecedoras habituais do Município, pois não era frequente a compra de tais equipamentos médicos, sobre os quais não possui conhecimentos técnicos; (19) a empresa Denk, não denunciada, apresentou proposta semelhante às outras, perdendo apenas por pequena diferença; (20) não houve nenhuma vantagem na adjudicação do objeto licitado; (21) os crimes imputados são próprios, cuja condição de sujeito ativo não preenche; (22) a simples declaração de nulidade dos atos prévios e preparatórios da licitação impede a caracterização da ofensa prevista no artigo 96 da Lei 8.666/1993 que, para tanto, pressupõe o início regular do procedimento licitatório; e (23) não foi citado a responder à ação de improbidade administrativa referente aos documentos de f. 1.518/43, que apenas permitem "inferir um revanchismo e uma escancarada vontade [do corréu HELIO DONIZETE ZANATTA] de prejudicar o réu Marcelo" (f. 397/437).

HELIO DONIZETE ZANATTA: (1) houve cerceamento de defesa, em razão do indeferimento das provas requeridas ao final da instrução, às quais não tem acesso, mas são absolutamente pertinentes ao exame da causa, já que se destinam a comprovar a regularidade do exercício funcional dos servidores do Ministério da Saúde, também denunciados, na prestação de contas do convênio, e o efetivo valor de mercado dos equipamentos adquiridos pelo Municí-

pio, já que o laudo contábil de f. 59/73 foi confeccionado com base, tão somente, em suposições fáticas de superfaturamento, sem qualquer contato com as empresas vencedoras do certame, para que justificassem os parâmetros adotados; (2) o plano de trabalho do Convênio 1949/2003 foi elaborado pelo corréu JORDANO ZANONI e o respectivo processo licitatório contou com a participação do Departamento de Compras do Município, dirigido pelo corréu VALDEMIR ANTONIO MALAGUETA; (3) conforme interrogatórios e depoimentos testemunhais, não foi associado a nenhum ato fraudulento eventualmente praticado no referido certame, não tendo sequer participado diretamente de tal procedimento; (4) sua atuação limitou-se a assinar o convênio e homologar a licitação, sem conhecer as empresas participantes do certame e sequer saber critério e procedimento adotados para envio das cartas-convites; (5) não houve qualquer parecer restritivo à homologação da licitação, não conseguindo, por si mesmo, fazer toda a conferência do procedimento, cujas funções foram delegadas a cargos públicos de confiança, no caso, os corréus JORDANO ZANONI e VALDEMIR ANTONIO MALAGUETA, além da consultoria exercida por MARCELO MONTEBELLO, na prestação de serviços contratados pela municipalidade antes de sua gestão; (6) não há nada na denúncia ou alegações finais da acusação que indiquem sua efetiva participação nas práticas irregulares imputadas, tendo-lhe sido atribuída responsabilidade objetiva tão somente por exercer o cargo de Prefeito Municipal à época; (7) conforme depoimento testemunhal, sequer era conhecido de Ruth do Nascimento que, portanto, não o abrangeu quando afirmou que diversos prefeitos mantinham contato com o empresário; (8) a referência ministerial à ação de improbidade administrativa, relativa à aquisição de mercadorias pelo Município de São Pedro/SP, onde atualmente é Prefeito, é impertinente, pois os fatos lá apurados ocorreram durante gestão anterior, da qual não fazia parte, além do que, desde sua posse, aquela prefeitura não mais mantém contrato com a empresa Frabbrica 5, do corréu MARCELO MONTEBELLO; (9) o Município de Charqueada encaminhou pré-projeto de trabalho ao Ministério da Saúde para utilização da verba de R$ 80.000,00, liberada por emenda parlamentar; (10) apesar de aprovado o projeto, o Convênio 1949/2003 foi celebrado com redução dos recursos federais para o valor de R$ 63.980,00, obrigando a Prefeitura a readequar os objetos, encaminhando "novo plano de trabalho" ao Ministério da Saúde (f. 406/24 do apenso), que se manteve silente; (11) passados cinco meses sem qualquer manifestação do órgão federal, foi dado prosseguimento à licitação conforme novo plano de trabalho; (12) a diferença de valores decorrente da redução da verba federal ocasionou a desaprovação das contas do convênio, sem que tenha ocorrido qualquer superfaturamento, ao contrário do alegado pela acusação; (13) "não tinha conhecimento desse aspecto específico", já que apenas homologou a licitação e adjudicou o objeto; (14) ao final, os valores foram devolvidos, as contas aprovadas e sanadas as irregularidades; e (15) não restou comprovada a prática, por sua parte, de ação ou omissão dolosa (f. 1.792/828).

JORDANO ZANONI: (1) a prova dos autos não revela nenhum envolvimento com os atos, em tese, ilícitos, cuja imputação decorre de meras suposições; (2) não cuidou do procedimento licitatório, nem teve contato com as empresas participantes, logo não poderia estar em conluio com os demais envolvidos na fraude; (3) como sua atuação profissional anterior era de técnico visitador sanitário, não tinha experiência para a aquisição de produtos para o setor público, nem no ramo hospitalar, tendo sido convidado para o cargo de Secretário Municipal da Saúde, "porque já tinha auxiliado o antigo secretário e, principalmente, porque conhecia os problemas da população"; (4) inexperiente no cargo, contou com o apoio do fiscal de obras Luis Carlos Piedade, vulgo Caio, que tinha conhecimento na elaboração de planos de trabalho, e do enfermeiro Pichinelli, que identificava os equipamentos pretendidos pelo setor médico do município; (5) realizou a cotação de valores dos bens licitados quando da elaboração do

plano de trabalho a ser aprovado pelo Ministério da Saúde, depois não mais desempenhou tal tarefa, por já não competir mais às suas funções (artigo 40, § 2º, da Lei 8.666/1993), e sim ao Setor de Compras, assessorado pela empresa do corréu MARCELO MONTEBELLO, responsável pela confecção do mapa de cotações de f. 137 do apenso, no qual apenas após sua assinatura; (6) a formatação de tal documento é idêntica à dos demais documentos do procedimento licitatório, elaborados por outros servidores; (7) o laudo pericial da Polícia Federal não comprova efetivo superfaturamento, primeiramente porque considerou, na apuração do deságio, variação da inflação brasileira, quando o correto seria do dólar americano, já que se trata de equipamentos e componentes importados, ademais não cotou os preços praticados no mercado à época; (8) sem configuração cabal do prejuízo suportado pela Administração Pública, não se cogita da consumação do artigo 96, III, da Lei 8.666/1993; (9) para aprovar o plano de trabalho, o Ministério da Saúde checa se os valores apresentados estão dentro da média praticada pelo mercado; (10) o Ministério da Saúde não exigia a apresentação das fontes da cotação de preços realizadas, não se podendo exigir que a apresentação desses documentos, menos ainda que ficasses guardados por tantos anos, para fins de apresentação em futura ação penal; (11) a readequação do plano de trabalho ocorreu em razão do corte de recursos, e o encaminhamento do procedimento licitatório sem a chancela do órgão federal estava fora de seu comando; (12) não era responsável pelo recebimento dos equipamentos, e quem os recebeu não fez qualquer apontamento, nem mesmo depois de questionados, razão pela qual assinou a nota fiscal para permitir o pagamento ao fornecedor; (13) "foi levado a erro"; (14) o crime do artigo 96, III, da Lei 8.666/1993 somente pode ser praticado pelo licitante, sem qualquer participação própria para justificar a responsabilidade criminal; (15) os tipos penais imputados exigem dolo, o que não restou comprovado; (16) não houve vontade de prejudicar a Administração, nem conhecimento das supostas irregularidades; (17) "se assinar documentos fossem prova para uma condenação, os membros da Comissão de Licitações, a contadora, o fiscal de obras e todos os demais que assinaram documentos relativos ao plano de trabalho e ao processo de licitação deveriam figurar no polo passivo desta ação penal"; (18) a lei impede a responsabilidade penal objetiva; (19) reconhecida a nulidade do processo licitatório "desde o nascedouro, a entrega das mercadorias é mero desdobramento do primeiro crime, integrando a fase executória do crime antecedente e mais grave"; (20) segundo a visão da acusação, o objetivo único e final de entregar mercadorias inferiores e superfaturadas revela que não houve a prática de condutas diversas, derivadas de desígnios autônomos, logo o crime previsto no artigo 90 da Lei 8.666/1993 constituiria ante factum impunível; e (21) nesta fase processual vigora o princípio do *in dubio pro reo* (f. 1.860/81).

VALDEMIR ANTONIO MALAGUETA: (1) há nulidade absoluta, pois, com a remessa dos autos a esta Corte, deveria ter sido aplicado o rito processual previsto nos artigos 6º e seguintes da Lei 8.038/1990, no entanto o recebimento da denúncia foi ratificado por decisão monocrática da relatora, sem submissão da questão ao órgão colegiado, com possibilidade de sustentação oral da defesa, que restou, portanto, prejudicada; (2) a denúncia é inepta quanto à exposição do fato criminoso e suas circunstâncias (CPP, 41); (3) apesar de descrever aparentemente a conduta do denunciado, a peça acusatória não faz qualquer menção à existência de vínculo subjetivo dele com os demais denunciados, inexistindo demonstração de anuência ou conhecimento do suposto ato delitivo; (4) não houve "mínima descrição de ação ou omissão", que revele ter contribuído ou participado dos ilícitos imputados; (5) a denúncia não indica qual dos réus tinha conhecimento da fraude licitatória, da inidoneidade dos licitantes ou da entrega de objeto diverso do licitado, prejudicando o exercício da ampla defesa; (6) há nulidade absoluta, pois seus defensores não foram intimados para a realização da audiência

de interrogatório do corréu ROBERTO DO NASCIMENTO (f. 1.674), prejudicando o exercício do direito de reperguntas, sendo inaplicável o entendimento da Súmula 273 do STJ, pois inadmitida a analogia *in malam partem*; (7) houve inversão tumultuária da ordem de oitiva das testemunhas, prevista no artigo 400, CPP, com evidente prejuízo à defesa, acarretando a nulidade do processo; (8) houve cerceamento de defesa com o indeferimento dos pleitos formulados na fase no artigo 10 da Lei 8.038/1990, sem sequer permitir fosse esclarecida a imprescindibilidade das diligências requeridas; (9) os tipos dos artigos 90 e 96, III, da Lei 8.666/1993 são crimes próprios, que exigem a condição de licitante ou contratante do sujeito ativo, o que não é o caso; (10) "se o processo licitatório é nulo ['desde seu nascedouro, porquanto haveria jaças na elaboração do plano de trabalho e na remessa das cartas-convites, fatos esses que teriam retirado do certame seu caráter competitivo'] também nula é a entrega das mercadorias, não podendo ser atribuído aos réus a prática do crime previsto no artigo 96, III, da Lei nº 8.666/93, haja vista de se tratar de mero desdobramento do crime previsto no artigo 90 do mesmo diploma legal" (*post factum* impunível), não sendo possível "afirmar que a Administração Pública foi conduzida a erro na entrega das mercadorias", inexistindo objeto do tipo; (11) inexistem quaisquer indícios mínimo de autoria nos crimes imputados; (12) naquela gestão, entre 2001 e 2004, não era diretor, mas assessor de compras do município, tendo o diretor deixado o cargo, que se manteve vago até 2005, de modo que acabou por assumir todas as obrigações atinentes ao setor, por ser o único que ali trabalhava; (13) o documento de f. 429 não constitui "cotação prévia dos equipamentos licitados", mas mera requisição de material encaminhada ao Ministério da Saúde, assinada por mera formalidade, a pedido do Secretário Municipal de Saúde, sem qualquer participação no levantamento dos preços; (14) a efetiva cotação de preços encontra-se a f. 428, subscrita exclusivamente por JORDANO ZANONI, Secretário Municipal da Saúde, que admitiu ter sido o único responsável pelo levantamento de preços; (15) a acusação atribui-lhe a responsabilidade pelo envio das cartas-convites, ao mesmo tempo que o faz também em relação ao corréu MARCELO MONTEBELLO; (16) tal equívoco, ocorrido no interrogatório policial, foi corrigido em Juízo e corroborado pela testemunha Helena Tereza Sartori de Paula; (17) a prova testemunhal dos autos corrobora a versão de que não tinha conhecimento técnico para realizar procedimento licitatório, não tendo qualquer participação no caso em questão, até porque havia uma empresa contratada especificamente para cuidar das licitações do município; (18) como aduzido pelo próprio Ministério Público Federal, a responsabilidade pela fiscalização da mercadorias entregues competia ao Secretário Municipal de Saúde, não podendo, pois, assim, ter auxiliado na fraude à licitação por entrega de mercadoria diversa; (19) tendo havido a reparação dos prejuízos "sponte própria pelos réus", é aplicável ao caso a atenuante do artigo 65, III, b, do CP; e (20) é de rigor a aplicação da causa de diminuição decorrente da participação de menor importância, prevista no artigo 29, § 1º, do CP, já que é responsabilizado pela acusação apenas por ter, em tese enviado as cartas-convites, sem qualquer domínio do fato criminoso (f. 1.883/912).

Em alegações finais pelo corréu ROBERTO DO NASCIMENTO, a Defensoria Pública da União justificou a atuação, tendo em vista a inércia do representado no processo, todavia inexistindo prova de sua hipossuficiência financeira, não seria cabível o deferimento da gratuidade, devendo ser, ao final, arbitrados honorários advocatícios, em grau máximo, a favor do Fundo de Aparelhamento da Defensoria Pública (artigo 263, CPP), independentemente do resultado da ação. No mérito, sustentou: (1) a modalidade de licitação adotada no caso em apreço encontra-se de acordo com as disposições legais; (2) "o valor do eventual prejuízo não é elevado para a referida modalidade, ainda que se refere a possível sobrepreço praticado na compra dos equipamentos hospitalares, o que, não sendo nada exemplar, também não é nada

exorbitante, se tratando de contas da União"; (3) o convite das empresas para participação do certame, nesta modalidade, é ato discricionário da Administração, sem critérios taxativos ou pré-determinados; (4) não houve prova de qualquer conduta dolosa do representado ou de seu conluio com o então Prefeito Municipal; (5) não há provas suficientes para o decreto condenatório; (6) houve *bis in idem* na denúncia, pois os dois tipos penais imputados possuem como núcleo o mesmo verbo fraudar, e o eventual prejuízo ao erário pela entrega de mercadorias inferiores ao objeto licitado "é inerente ao tipo penal denunciado (artigo 90), não podendo algo intrínseco à conduta ser novamente valorado negativamente"; e (7) em eventual condenação, deve ser aplicada pena no mínimo legal, considerando o baixo valor do dano ao erário, comparado com casos análogos, as condições favoráveis do artigo 59 do CP e a efetiva participação do representado na prática do tipo penal, com substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (f. 1.914/9).

Os autos retornaram-me conclusos em 21/08/2017.

O feito foi pautado para julgamento em 28/02/2018 e adiado por uma sessão, sendo a presente a imediatamente seguinte.

Houve, em 13/03/2018, pedido de adiamento, por parte da defesa do réu HÉLIO DONIZETE ZANATTA, às vésperas da presente sessão, o qual foi indeferido por decisão lançada nos autos na mesma data (f. 1946/v).

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Senhores Desembargadores, constou da denúncia que, celebrado o Convênio 1949/2003 entre Prefeitura de Charqueada/SP e Ministério da Saúde, para a aquisição de equipamentos hospitalares, a primeira deu início ao procedimento licitatório, com direcionamento do certame e em desacordo com o plano de trabalho aprovado pelo órgão concedente, depois reformulado unilateralmente pelo Município, sem prévia aprovação do Ministério da Saúde, resultando na aquisição de equipamentos superfaturados e em desacordo com as especificações técnicas constantes do edital.

Sustentou o MPF que a escolha da modalidade da licitação, a elaboração da minuta do edital, o envio das cartas-convites e o julgamento das propostas couberam a VALDEMIR MALAGUETA e MARCELO MONTEBELLO, Diretor do Setor de Compras da Prefeitura e assessor e consultor contratado pelo Município, respectivamente.

Alegou, ainda, que não houve prévia pesquisa de preços e que a dispensa da apresentação de documentos acerca da regularidade das licitantes propiciou que três empresas sob uma única administração participassem do certame, sagrando-se vencedoras, assim favorecendo o empresário ROBERTO DO NASCIMENTO.

Apontou o *parquet* que, apesar das flagrantes irregularidades, JORDANO ZANONI, Secretário Municipal de Saúde, atestou o julgamento das propostas vencedoras e HELIO ZANATTA, Prefeito Municipal, homologou a licitação e adjudicou o respectivo objeto, chancelando as condutas dos outros corréus.

Concluiu, portanto, que, assim agindo, HELIO ZANATTA, JORDANO ZANONI, VALDEMIR MALAGUETA, MARCELO MONTEBELLO e ROBERTO DO NASCIMENTO frustraram

a competitividade do procedimento licitatório, para assegurar vantagem indevida às empresas gerenciadas por ROBERTO DO NASCIMENTO que, ainda, com a aceitação dos demais réus, entregou mercadorias diversas das constantes do plano de trabalho aprovado e edital.

Como se observa, a denúncia descreveu minuciosamente os fatos e individualizou as condutas praticadas, permitindo o exercício da ampla defesa e do devido processo legal, pelo que não se cogita de sua inépcia. Ainda, respaldada em fartos documentos probatórios da materialidade delitiva e robustos indícios da respectiva autoria, restou demonstrada a justa causa para a presente ação penal.

Tampouco se cogita de nulidade quanto ao recebimento da peça acusatória, pois a denúncia foi recebida pelo Juízo *a quo* em *28/11/2011* (f. 319/20) e a posse do réu HELIO ZANATTA como Prefeito Municipal de São Pedro/SP ocorreu somente em *01/01/2013* (f. 552/5). A denúncia, portanto, foi recebida por Juízo absolutamente competente, inexistindo motivo para o refazimento do ato nesta Corte e observância do rito procedimental previsto no artigo 6º, § 1º, da Lei 8.038/1990, inaplicável, na espécie, uma vez que já superada tal fase processual.

Com efeito, válido e já consumado o recebimento da denúncia, nos termos do artigo 396 do CPP, somente a decisão de 13/09/2013, que afastou a existência de qualquer hipótese de absolvição sumária dos réus, revelou-se proferida por Juízo incompetente (f. 496/8v), razão pela qual foi refeito, nesta Corte, tal exame, para somente após determinar-se o prosseguimento do feito, com a instrução criminal (f. 605/8).

Não há também falar-se em nulidade do interrogatório do réu ROBERTO DO NASCIMENTO, realizado sem a intimação do corréu VALDEMIR MALAGUETA quanto à data da respectiva audiência, pois é assente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, órgão judicial máximo de exame de eventual violação a direitos constitucionais, no sentido de que, para a validade do ato, basta a intimação das partes acerca da expedição da respectiva carta precatória:

> RHC 106.394, Rel. Min. ROSA WEBER, DJ 08/02/2013:
> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. EXPEDIÇÃO CARTA PRECATÓRIA. DEFENSORIA PÚBLICA. NOMEAÇÃO DE ADVOGADO *AD HOC*. NULIDADE PROCESSUAL RECONHECIDA.
> 1. *Jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal - e na mesma linha a do Superior Tribunal de Justiça -, no sentido de que, intimadas as partes da expedição da precatória, a elas cabe o respectivo acompanhamento, sendo desnecessária a intimação da data designada para a audiência no Juízo deprecado.*
> 2. Mitigação desse entendimento em relação à Defensoria Pública. As condições da Defensoria são variadas em cada Estado da Federação. Por vezes, não estão adequadamente estruturadas, com centenas de assistidos para poucos defensores, e, em especial, sem condições de acompanhar a prática de atos em locais distantes da sede do Juízo. Expedida precatória para localidade na qual existe Defensoria Pública estruturada, deve a instituição ser intimada da audiência designada para nela comparecer e defender o acusado necessitado. Não se justifica, a nomeação de defensor dativo, quando há instituição criada e habilitada à defesa do hipossuficiente. Nulidade reconhecida.
> 3. Recurso ordinário em habeas corpus provido.

No mesmo sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, inclusive já sumulado (Súmula 273: "*Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado*"):

AGRESP 1.520.702, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJE 23/09/2016:
AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. COFEN. PECULATO, LAVAGEM DE DINHEIRO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PODER INVESTIGATÓRIO DO MP. NULIDADE LAUDO PERICIAL. OITIVA DE TESTEMUNHA. CARTA PRECATÓRIA. INVERSÃO. INTERROGATÓRIO DE CORREÚ EM AÇÃO DESMEMBRADA. INTIMAÇÃO DA DEFESA. ATIPICIDADE E FIXAÇÃO DA PENA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
1. O Ministério Público dispõe de atribuição para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal (ut, REsp 1525437/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 10/03/2016). Ademais, no caso, "os poucos elementos de provas colhidos pelo Ministério Público sequer serviam de lastro ao oferecimento da denúncia, embasada notadamente em investigações policiais realizadas".
2. Inexiste nulidade do laudo pericial, por não ter sido assinado por dois Peritos Oficiais com registro no Conselho de Contabilidade e por ter um deles participado de busca e apreensão realizada no COFEN.
3. *Nos termos do enunciado 273 da Súmula desta Corte, intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no Juízo deprecado. Na hipótese, além da defesa ter sido intimada acerca da expedição das precatórias, foram nomeados defensores dativos para os atos.*
4. Quanto à ausência de intimação e de requisição do recorrente para presenciar interrogatório dos corréus colhidos na ação penal desmembrada, a condenação foi lastreada apenas nos interrogatórios realizados antes do desmembramento, dos quais a defesa efetivamente participou.
5. O art. 222, § 2º, do CPP autoriza a juntada aos autos das cartas precatórias a qualquer momento, ainda que configure inversão da ordem trazida no art. 400 do Código de Processo Penal.
6. A inversão da ordem de inquirição das testemunhas, prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa, a qual depende da efetiva demonstração de prejuízo para seu reconhecimento.
7. Os conselhos de fiscalização exercem atividade típica de Estado, não havendo que se falar em atipicidade da conduta, em relação ao delito de peculato.
8. A revisão da dosimetria da pena em sede de recurso especial é admissível apenas diante de ilegalidade flagrante, inexistente na espécie.
9. A insurgência da defesa acerca da prova referente à oitiva de testemunha via Carta Rogatória e indeferimento de diligências já foi apreciada por esta Corte Superior. 10. Agravo regimental a que se nega provimento.

AGARESP 595.464, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJE 10/11/2015:
AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E CORRUPÇÃO PASSIVA. PREVENÇÃO. COMPETÊNCIA RELATIVA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ENUNCIADO Nº 706 DA SÚMULA DO STF. 1. A nulidade em razão da inobservância de regra de competência em razão de prevenção é relativa, sendo necessário demonstrar o prejuízo para que seja declarada, o que não ocorreu *in casu*. Inteligência do Enunciado nº 706 da Súmula do STF. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ (ART. 399, § 2º, DO CPP). INTERROGATÓRIO. CARTA PRECATÓRIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 83 DA SÚMULA DO STJ. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. 1. Este Sodalício possui jurisprudência sedimentada no sentido de que é possível a realização de interrogatório do réu através de carta precatória, sem que tal ato configure violação ao princípio da identidade física do juiz, razão pela qual o apelo nobre deve ser inadmitido à luz da vedação prevista no Enunciado nº 83 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, também aplicável ao recurso

especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional. *CERCEAMENTO DE DEFESA. INTERROGATÓRIO DOS CORRÉUS. AUSÊNCIA DO AGRAVANTE E/OU SEU DEFENSOR. DESNECESSIDADE. INTIMAÇÃO DA EXPEDIÇÃO DA CARTA PRECATÓRIA. ENUNCIADO Nº 273 DA SÚMULA DESTA CORTE*. PERÍCIA FONÉTICA. INDEFERIMENTO FUNDAMENTADO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ÓBICE DO VERBETE SUMULAR Nº 83/STJ. 1. *Acórdão recorrido em harmonia com entendimento desta Corte no sentido de que, conquanto se confira ao acusado a prerrogativa de participar do interrogatório do corréu e de formular as perguntas consideradas pertinentes, o certo é que a sua presença no referido ato é facultativa, motivo pelo qual a sua ausência, bem como a de seu patrono, assim como a falta de nomeação de advogado dativo não são causas de nulidade da ação penal. 2. Ademais, é desnecessária a intimação do acusado e do seu defensor acerca da data da audiência realizada no juízo deprecado, sendo suficiente que sejam cientificados acerca da expedição da carta precatória. Enunciado nº 273 da Súmula desta Corte*. 3. A jurisprudência deste Sodalício se firmou no sentido de que, embora o réu no processo penal tenha o direito à produção da prova necessária a dar embasamento à tese defensiva, é certo que ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, das providências que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, e o Tribunal *a quo*, em coerência com tal orientação, destacou ser ela desnecessária, porquanto "não subsistia dúvida quanto à identificação dos interlocutores, sobretudo porque o conteúdo das escutas foi substancialmente confirmado na prática com o monitoramento dos encontros para alguns dos denunciados". 4. Ainda sobre o tema em discussão, esta Corte Superior já decidiu que "Entendendo o julgador que há elementos suficientes para o julgamento da causa, em razão das provas já produzidas no processo, não há que se falar em cerceamento de defesa, pelo indeferimento da produção de prova pericial claramente desnecessária para apurar a consumação do crime" (REsp 1357289/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 28/02/2014). PROVAS PRODUZIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL. FUNDAMENTO EXCLUSIVO DA CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DO ÓBICE PREVISTO NO ENUNCIADO Nº 282 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A alegada afronta ao artigo 155 do Código de Processo Penal não foi objeto do recurso de apelação do insurgente, razão pela qual se mostra inviável a sua análise por este Superior Tribunal, pela ausência do prequestionamento, à luz do óbice previsto no Enunciado nº 282 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, aplicável por analogia ao recurso especial. ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO. AFRONTA AOS ARTIGOS 13 E 14 DO CÓDIGO PENAL. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 7 DA SÚMULA DO STJ. 1. O Tribunal local, após aprofundada análise dos elementos colhidos no curso da instrução criminal, concluiu que restou provada a materialidade e a autoria que dão suporte à condenação do réu pelos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e corrupção passiva, e entender de modo diverso, no intuito de abrigar os pleitos defensivos de absolvição pela ausência de dolo ou de desclassificação para delitos diversos, demandaria o revolvimento no material fático-probatório, providência exclusiva das instâncias ordinárias e vedada a este Sodalício em sede de recurso especial, ante o óbice do Enunciado nº 7 da Súmula desta Corte. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCIDÊNCIA DOS ENUNCIADOS Nº 283 E Nº 284 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Verificando-se que o insurgente não refutou os motivos pelos quais o acórdão recorrido manteve a pena-base acima do mínimo legal, inviável o provimento do recurso especial ante a incidência, por analogia, dos óbices constantes dos Enunciados nº 283 e 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. AGRAVANTE DO INCISO IV DO ARTIGO 62 DO CÓDIGO PENAL. CAUSA DE AUMENTO DO INCISO II DO ARTIGO 40 DA LEI DE DROGAS. *BIS IN IDEM* COM O CRIME DO ART. 317, § 1º, DO ESTATUTO REPRESSIVO. INTERESTADUALIDADE DO TRÁFICO. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA

DO ENUNCIADO Nº 211 DA SÚMULA DESTA CORTE SUPERIOR E VERBETE Nº 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Não tendo sido as questões objeto do recurso extremo debatidas na instância ordinária, se mostra inviável a sua análise nesta via especial ante o óbice do Enunciado nº 211 da Súmula desta Corte Superior e Verbete nº 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, este último aplicável por analogia ao recurso especial, que impedem o conhecimento de matéria não prequestionada por este Sodalício. PERDIMENTO DE BENS. UTILIZAÇÃO NA EMPREITADA CRIMINOSA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 7 DA SÚMULA DO STJ. 1. A averiguação de que o agravante não teria utilizado seu veículo particular na empreitada criminosa, como pretende, a fim de afastar a pena de perdimento do bem, demandaria uma nova incursão sobre as provas produzidas no decorrer da instrução processual, incabível nesta seara recursal, à luz do impedimento previsto no Enunciado nº 7 da Súmula desta Corte Superior. PERDA DO CARGO PÚBLICO. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. EFEITO SECUNDÁRIO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ENUNCIADO Nº 284 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. O insurgente não se desincumbiu do ônus de demonstrar, objetivamente, de que modo, considerando as peculiaridades do caso concreto, o aresto recorrido teria violado a legislação federal, limitando-se a afirmar que "houve diversas violações tornando essa condenação equivocada", circunstância que evidencia a deficiência em sua fundamentação e impossibilita o seu conhecimento por este Sodalício, por incidência do óbice do Enunciado nº 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 2. Regimental provido para, reconsiderando a decisão monocrática, conhecer o agravo e negar-lhe provimento.

Também, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que a inversão da ordem de oitiva das testemunhas em razão da expedição de carta precatória não gera nulidade do processo:

HC 116.569, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 18/02/2014:
PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I, "D" E "I". ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. ORGANICIDADE DO DIREITO. CRIMES DE PECULATO E INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMAS DE INFORMAÇÕES. ACÓRDÃO DENEGATÓRIO DE HC PROLATADO POR TRIBUNAL ESTADUAL. IMPETRAÇÃO DE NOVO WRIT NO STJ EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. VEDAÇÃO. TESTEMUNHA DE DEFESA INQUIRIDA NO JUÍZO DEPRECADO ANTES DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. PREJUÍZO. NÃO COMPROVAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. ORDEM DE HABEAS CORPUS EXTINTA POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.
1. A nulidade no direito penal não prescinde da demonstração do efetivo prejuízo para a defesa, consoante dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal, o que importa dizer que a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual somente poderá implicar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado. Precedentes: HC 104.767, Primeira Turma, de que fui Relator, Dee de 17.08.11; HC 104.648, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki DJe de 26.11.13; RHC 117.674, Segunda Turma, Relatora a Ministra Carmen Lúcia, DJe de 07.10.13; HC 117.102, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 13.08.13; RHC 109.978, Primeira Turma, de que fui Relator, DJe de 08.08.13; HC 111.825, Primeira Turma, Redatora para o Acórdão a Ministra Rosa Weber, DJe de 17.10.13; RHC 107.394, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 06.05.13.
2. *In casu, a defesa sustenta que a oitiva de uma das testemunha de defesa antes da inquirição das testemunhas de acusação consubstanciaria causa de nulidade. Contudo, "a inversão*

ocorreu em virtude da expedição de carta precatória para oitiva de testemunha residente em outra comarca, não gerando nenhum prejuízo para a paciente, notadamente porque a testemunha da defesa ouvida antes das de acusação (senhor Pedro Gonzalez) se identificou como ex-cunhado da ré e afirmou desconhecer totalmente os fatos descritos na denúncia. Em suma, seu depoimento foi totalmente irrelevante para o esclarecimento dos fatos".
3. Destarte, *o fato de uma testemunha da defesa ter sido inquirida antes da oitiva das testemunhas de acusação não implica, por si só, a nulidade do processo, dado que a inversão na ordem do depoimento das testemunhas somente geraria nulidade se demostrado, de modo efetivo e concreto, o prejuízo (pas de nullité sans grief). Daí a aplicação do disposto no artigo 563 do Código de Processo Penal – "Nenhum ato processual será declarado nulo, se da nulidade não tiver resultado prejuízo para uma das partes" -, porquanto a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador somente deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a sua própria finalidade estiver comprometida por causa do vício (Grinover, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 28).*
4. O recurso cabível contra acórdão denegatório de habeas corpus prolatado pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios, é o recurso ordinário, a ser apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 105, inciso II, alínea a, da Constituição Federal.
5. "A impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional" (HC 116.481-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 1º.08.13).
6. Ademais, "não há nenhuma ilegalidade no acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, embora assente que não conhece de habeas corpus porque impetrado em substituição ao recurso ordinariamente previsto, examina as questões postas com o fito de verificar a existência de constrangimento ilegal apto a justificar a concessão da ordem de ofício" (HC 116.389, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 14.05.13).
7. O Superior Tribunal de Justiça, inobstante não ter conhecido do habeas corpus lá impetrado, sob o fundamento de que o writ é substitutivo de recurso ordinário, tendo em vista ter sido manejado contra decisão denegatória de HC na Corte Estadual - analisou a possibilidade da concessão da ordem de ofício, tendo concluído que, no caso sub examine, não há flagrante ilegalidade que justifique a adoção desta medida.
8. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas "d" e "i", da Constituição Federal, sendo certo que o paciente não está arrolada em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. Inexiste, no caso, excepcionalidade que justifique a concessão, *ex officio*, da ordem.
9. Ordem de habeas corpus extinta por inadequação da via eleita.

AGRRHC 68.734, Rel. Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, DJE 14/08/2017:
AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS.
1. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.
2. INVERSÃO DA ORDEM DE OITIVA DAS TESTEMUNHAS. INQUIRIÇÃO POR CARTA PRECATÓRIA. NULIDADE NÃO VERIFICADA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.
3. RECURSO IMPROVIDO.
1. O julgamento monocrático, amparado em jurisprudência dominante, é autorizado pelo Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, sendo que a previsão de interposição de agravo regimental contra decisão unipessoal possibilita o exame da matéria pela respectiva Turma. Ademais, preconiza o enunciado n. 568 da Súmula desta Corte que "o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". Logo, não há falar em ofensa ao princípio da colegialidade.

2. *O art. 222, § 1º, do Código de Processo Penal, assevera que a expedição da carta precatória para a oitiva de testemunhas não suspende o curso da instrução criminal, de modo que, na hipótese de colheita de testemunhos por precatória, a inversão na ordem da inquirição não representa nulidade processual, notadamente quando não demonstrado o efetivo prejuízo, consoante ocorre no caso dos autos.*
3. Agravo regimental a que se nega provimento.

Farta e suficientemente instruída a presente ação, com cópias do processo licitatório, prestação de contas, pareceres e laudos técnicos, e extensa prova oral, não restou configurado o alegado, por outro lado, cerceamento de defesa decorrente do indeferimento fundamentado dos pedidos para realização de perícia e expedição de ofícios.

Com efeito, cabe ao Juiz, segundo o princípio do livre convencimento motivado, deferir, indeferir ou determinar, de ofício, a realização de prova necessária ao julgamento do mérito da causa. Ainda que as partes insistam sobre a necessidade de tal diligência, não se pode considerar ilegítima a dispensa da produção de prova desnecessária à formação da convicção do magistrado, que é o destinatário da prova, não mero observador dos atos processuais:

RHC 90.719, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 30/10/2014:
RECURSO ORDINÁRIO EM "HABEAS CORPUS" - *ALEGADA NULIDADE DO PROCESSO PENAL CONDENATÓRIO - PERÍCIA SOLICITADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - INDEFERIMENTO - POSSIBILIDADE - COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA DO JUIZ, QUE LHE PERMITE, A PARTIR DA AVALIAÇÃO CRITERIOSA QUANTO À CONVENIÊNCIA, UTILIDADE OU NECESSIDADE DA MEDIDA, ORDENAR, OU NÃO, SEMPRE EM DECISÃO FUNDAMENTADA, A ADOÇÃO DESSA PROVIDÊNCIA DE CARÁTER INSTRUTÓRIO - NÃO OCORRÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA PLENITUDE DE DEFESA* - PRETENDIDA INVALIDAÇÃO DO ACÓRDÃO QUE MANTEVE A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA, QUE SE VALEU DA UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA - LEGITIMIDADE DESSE ATO DECISÓRIO - OBSERVÂNCIA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO - SUPOSTA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA OPERAÇÃO DE DOSIMETRIA PENAL - FIXAÇÃO DA PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL COM APOIO EM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS - OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS NO ART. 59 E NO ART. 68 DO CP - POSSIBILIDADE - DECISÃO MOTIVADA - PLEITO RECURSAL QUE, ADEMAIS, IMPÕE EXAME APROFUNDADO DE FATOS E IMPLICA CONFRONTO ANALÍTICO DE MATÉRIA ESSENCIALMENTE PROBATÓRIA - INVIABILIDADE NA VIA SUMARÍSSIMA DO "HABEAS CORPUS" - PRECEDENTES - INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO.

AGARESP 911.068, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, DJE 22/09/2017:
PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA DESNECESSÁRIA, IMPERTINENTE OU PROTELATÓRIA. POSSIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS POR PENA DE MULTA. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
1. *A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, "O indeferimento fundamentado de pedido de produção de prova não caracteriza constrangimento ilegal, pois cabe ao juiz, na esfera de sua discricionariedade, negar motivadamente a realização das diligências que considerar desnecessárias ou protelatórias"* (HC n. 198.386/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 2/2/2015)

2. A pretendida absolvição demandaria o revolvimento das provas carreadas aos autos, o que é inviável na instância especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.
3. Esta Corte tem entendido que fixada a pena corporal em patamar superior a 1 (um) ano, compete ao julgador a escolha do modo de aplicação da benesse legal prevista no art. 44, § 2º, segunda parte, do Código Penal. Precedentes.
Agravo regimental desprovido.

RHC 61.764, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJE 02/05/2016:
RECURSO ESPECIAL. ART. 168-A E 337-A, I E III, DO CP. DENÚNCIA. INÉPCIA FORMAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. PEDIDOS PREJUDICADOS. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. AJUIZAMENTO DE AÇÃO ANULATÓRIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. ART. 93 DO CPP. FACULDADE JUDICIAL. PECULIARIDADES DO CASO. PERÍCIA. INDEFERIMENTO. PROVA IRRELEVANTE. RECURSO NÃO PROVIDO.
1. O pedido de trancamento do processo por inépcia da denúncia ou por ausência de justa causa para a persecução penal não é cabível quando já há sentença, pois seria incoerente analisar a mera higidez formal da acusação ou os indícios da materialidade delitiva se a própria pretensão condenatória já foi acolhida, depois de uma análise vertical do acervo fático e probatório dos autos.
2. Não obstante isso, o crédito tributário foi definitivamente constituído e a denúncia especificou o liame subjetivo entre o acusado e os fatos delitivos, pois registrou que ele era "sócio gerente" e exercia "a presidência da empresa", bem como "detinha funções na empresa que lhe atribuíam a responsabilidade de repassar o recolhimento devido de imposto", o que denota não ter havido responsabilização penal objetiva.
3. A tese de nulidade do procedimento fiscal não pode ser dirimida no bojo da ação penal, na qual a Fazenda Pública não é parte ou exerce o contraditório, porquanto o Juízo criminal não possui competência para anular o lançamento tributário, passível de revisão apenas por meio de recurso administrativo, ação cível ou mandado de segurança.
4. A constituição definitiva do crédito tributário é condição necessária para o ajuizamento da ação penal que verse sobre o crime do art. 168-A do CP. Já a pendência de ação anulatória na esfera cível, quando muito, constitui questão prejudicial heterogênea facultativa que, a teor do art. 93 do CPP, poderá ocasionar a suspensão do curso do processo, a critério do juiz natural da causa.
5. É recomendável a suspensão do curso processual pela aplicação do art. 93 do CPP somente quando, diante das particularidades da causa, o julgador se convencer da existência de questão de difícil solução que interfira na materialidade delitiva e dependa da apreciação do juízo cível.
6. A defesa não demonstrou risco concreto de interferência da questão prejudicial na materialidade delitiva ou a existência de decisão favorável nos autos da ação anulatória, e a instância ordinária, ao analisar detidamente as particularidades do caso, denegou o pedido de suspensão do processo.
7. *O indeferimento fundamentado da produção de prova irrelevante, impertinente ou protelatória para o julgamento da causa não constitui cerceamento de defesa, mas providência coerente com o devido processo legal e com o princípio da razoável duração do processo, máxime porque o magistrado deve fiscalizar a estratégia processual adotada pelas partes e velar para que a relação processual seja pautada pelo princípio da boa-fé objetiva.*
8. *A realização de perícia foi considerada desnecessária para a solução do conflito penal, de maneira fundamentada, pois permanecia hígido o lançamento definitivo do crédito tributário. O magistrado, ainda, conferiu à parte a oportunidade de juntar aos autos prova documental, até a audiência de instrução e julgamento, a fim de demonstrar a plausibilidade de suas alegações.*
9. Recurso não provido.

Na espécie, não se pode deixar de observar que os fatos apurados datam de 2004, a denúncia foi recebida em 2011 e o indeferimento das provas e diligências, requeridas na fase do artigo 10 da Lei 8.038/1990, ocorreu em janeiro/2017, restando devidamente fundamentado, nos seguintes termos (f. 1554/v):

> Vistos etc.
> 1. Indefiro o pedido de realização de perícia indireta, diligência de nenhuma utilidade, máxime depois de decorrido tanto tempo desde a ocorrência dos fatos descritos na denúncia. Ademais, havendo perícia oficial nos autos, a realização de outra, durante a fase judicial, pressuporia a existência de vício ou dúvida objetiva, escorada em elemento probatório.
> 2. Indefiro, também, os pedidos de expedição de ofícios, uma vez que se destinariam à obtenção de elementos e informações já ao alcance da defesa. A atuação judicial, nesta fase, só se justificaria se a parte comprovasse a impossibilidade de obter a prova por seus próprios meios.
> 3. Expeçam-se cartas para a realização dos interrogatórios dos réus, com prazo de 60 (sessenta) dias para o cumprimento.
> Intimem-se as partes.

Em razão de tal indeferimento, os réus alegaram genericamente cerceamento de defesa, mas não impugnaram especificamente os fundamentos adotados na decisão, nem mesmo nas alegações finais apresentadas.

Ademais, cabe observar que o resultado da perícia oficial encontrou respaldo nos laudos técnicos do Ministério da Saúde, não se revelando pertinente e relevante, na espécie, a renovação da prova há mais de treze anos depois dos fatos, sem que fosse apresentado, ao menos, um mínimo de prova documental capaz de desacreditar a conclusão de superfaturamento, tampouco a inquirição dos parâmetros adotados para apresentação das propostas pelas empresas vencedoras do certame, que justamente se revelaram inidôneas nos autos. Ainda, não se pode olvidar que, na espécie, o superfaturamento dos equipamentos adquiridos pela municipalidade apenas ampliam a vantagem já auferida por ROBERTO DO NASCIMENTO com a adjudicação do objeto licitado sem respeito ao caráter competitivo do certame.

Outrossim, as cotações e dados técnicos utilizados no exame contábil, realizado pela unidade técnico-científica da Polícia Federal em 25/10/2010, já constaram do respectivo laudo, assim como a cópia dos autos da prestação de contas do Convênio 1949/2003 ao Ministério da Saúde já se encontra em apenso; não foi justificada a necessidade da juntada de cópia dos processos TCU e TCE acerca dos fatos; a efetiva utilização dos aparelhos adquiridos no certame viciado não afasta ou minimiza as ilegalidades perpetradas; eventuais procedimentos administrativo-disciplinares não vinculam ou interferem no resultado da presente ação penal; já consta dos autos que o Município de Charqueada devolveu os valores ao órgão concedente; e não restou justificada a relevância, ou mesmo pertinência, da juntada de cópia dos processos administrativo-disciplinares eventualmente instaurados pelo Ministério da Saúde para apurar as condutas dos servidores federais Clélia Dieb Pimentel Abreu, Francisco de Jesus Ferreira Filho e Edmar Martins de Arruda na (des)aprovação da prestação de contas do convênio em questão.

No mérito, o Ministério Público Federal acusa HELIO DONIZETE ZANATTA, JORDANO ZANONI, VALDEMIR ANTONIO MALAGUETA, MARCELO MONTEBELLO, responsáveis pelos atos de gestão e procedimentos licitatórios no Município de Charqueada/SP, e ROBERTO DO NASCIMENTO, empresário, pela prática dos crimes previstos nos artigos 90 e 96, III, da Lei 8.666/1993:

> Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:
> Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.
> [...]
> Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:
> [...]
> III- entregando uma mercadoria por outra;
> [...]
> Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Quanto à materialidade delitiva restou devidamente comprovada na espécie, nos termos que se seguem declinados.

Com efeito, consta dos autos que, após a aprovação de emenda parlamentar no valor de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), o Município de Charqueada/SP apresentou ao Ministério da Saúde, em 25/06/2003, projeto para aquisição de equipamentos hospitalares no valor total de R$ 84.008,00, dos quais R$ 4.008,00 correspondiam à contrapartida municipal. O respectivo plano de trabalho, assinado pelo então Prefeito Municipal HELIO DONIZETE ZANATTA, previu a aquisição de 07 (sete) aparelhos distintos, um item de cada (um ventilador eletrônico, um desfibrilador, um eletrocardiógrafo digital, um carro maca para unidade intensiva, um carro de emergência, um foco clínico e uma bomba de infusão peristáltica) e, após os trâmites burocráticos, foi aprovado em 01/12/2003 (f. 02/62 do volume II do apenso).

Nos limites do valor efetivamente empenhado pelo Tesouro Nacional, foi firmado em 31/12/2003, pelo Município de Charqueada e o Ministério da Saúde, o Convênio 1949/2003, "para aquisição de equipamentos e materiais permanentes para unidade de saúde" (cláusula primeira), no valor total de R$ 67.988,00, correspondendo R$ 63.980,00 a recursos federais e R$ 4.008,00 à contrapartida municipal (cláusula terceira), com 360 dias de vigência e prazo de execução físico-financeira (cláusula oitava). Os termos do referido convênio previram que "para o atingimento do objeto avençado, [o município] obriga-se a cumprir o Plano de Trabalho Aprovado, especialmente elaborado para este fim, o qual passa a fazer parte integrante deste instrumento, independentemente de sua transcrição", admitindo-se "ao órgão executor propor a reformulação do Plano de Trabalho, [...] que será previamente apreciada pela unidade técnica e aprovada pela autoridade competente do órgão responsável pelo programa" (grifamos - cláusula quinta - f. 64/73 do volume II do apenso).

Em razão do "corte de 20%" no valor dos recursos federais destinados ao convênio em questão, o Município de Charqueada encaminhou, em 10/02/2004, ao Ministério da Saúde alteração do plano de trabalho, do qual passou a constar 06 (seis) aparelhos distintos, mas com 08 (oito) itens no total: um desfibrilador, um eletrocardiógrafo digital, dois carros maca para unidade intensiva, dois carros de emergência, um foco clínico e uma bomba de infusão peristáltica (f. 92/100 do volume II do apenso).

Realizada verificação *in loco* por equipe do Ministério da Saúde em 09/06/2004, constatou-se não terem sido sequer iniciados os procedimentos licitatórios para a execução do convênio (f. 80/90 do volume II do apenso).

A partir de cópia integral do respectivo processo licitatório municipal (f. 97 e seguintes do volume I do apenso) verifica-se que, logo após, o Município de Charqueada deu início aos

trâmites para a aquisição dos equipamentos hospitalares.

Para tanto, foi emitida em 21/06/2004 requisição de material, conforme o plano de trabalho alterado, sem aprovação do órgão concedente, cuja cópia instruiu os autos licitatórios, sem qualquer demonstração da eventual cotação de preços no mercado (f. 98/105 do volume I do apenso).

Na mesma data, foi redigido o ato convocatório do Convite 19/2004, que estabeleceu o critério de "menor preço unitário de cada item cotado", sem exigir ou constar qualquer documento de regularidade das empresas licitantes para a habilitação (f. 106/13 do volume I do apenso).

Os avisos de recebimento das cartas-convites postadas em 21/06/2004, devidamente recibados, revelam que foram convidadas para o certame as empresas Maria da Silva Campinas ME, Fauzi Comercial de Equipamentos Hospitalares Ltda, Korus do Brasil Ltda e Comercial Denk Ltda (f. 114/5 do volume I do apenso).

As três primeiras empresas apresentavam o seguinte quadro societário: Fauzi Aily e Márcia Aparecida da Silva para Fauzi Comercial de Equipamentos Hospitalares Ltda; Ostádio João Nogueira e Ruth do Nascimento para Korus do Brasil Ltda; e Maria da Silva para a microempresa Maria da Silva Campinas ME, cujo nome fantasia era MS Equipamentos Paulistano (f. 54/69 e 72/83 do volume I do apenso).

No entanto, segundo se apurou, as empresas MS, Fauzi e Korus eram todas administradas, de fato, por duas pessoas alheias aos seus quadros societários:

> - Ruth do Nascimento: "é sócia da empresa KORUS, desde a abertura da mesma, não se recorda quando, mas efetuou a abertura para seu irmão ROBERTO DO NASCIMENTO e DAIBS .AILY - já falecido, não tem qualquer envolvimento com a empresa, não tem poderes de decisões, sequer sabe o CNPJ da empresa; nunca atuou a empresa de fato, sempre foi seu irmão e DAIBS, pois tinham procuração com plenos poderes; sim, conhece OSTADIO pois era amigo de seu irmão e DAIBS; sim, conhece DAIBS pois era sócio de seu irmão; conhece ROBERTO, pois é seu irmão; [...] a declarante emprestou o nome e assinou os papéis - documentos para seu irmão ROBERTO DO NASCIMENTO" (depoimento policial - f. 140);
> - Ostádio João Nogueira: "que é aposentado desde 2002; que não sabia que era sócio da empresa KORUS DO BRASIL LTDA. EPP, [...] que trabalhava como vendedor de planos de saúde para empresa de DAIBS AILY; que há alguns anos, DAIBS AILY pediu ao declarante que assinasse uma série de documentos; que afirma que não leu os documentos e não sabia que seria constituída uma empresa com eles; que assinou tais documentos por amizade e não recebeu dinheiro pelas assinaturas; que jamais assinou qualquer outro documento para DAIBS após esta data; que DAIBS era quem conduziu a empresa; em colaboração com ROBERTO NASCIMENTO; que a sócia da empresa KORUS, RUTH DO NASCIMENTO é irmã de ROBERTO NASCIMENTO" (depoimento policial - f. 21)
> - Fauzi Aily: "que a respeito da empresa FAUZI COMERCIAL DE EQUIPAMENTOS HOSPITALARES LTDA., afirma que seu irmão, DAIBS AILY, pediu ao declarante que assinasse uns documentos, os quais não falou do que se tratava; que não sabia que estava constituindo uma empresa; que há dois anos aproximadamente, o irmão do declarante mostrou-lhe um cartão comercial com o nome do declarante; que o irmão do declarante, DAIBS AILY, faleceu em outubro do ano passado; que não sabia sequer onde ficava localizada a sede da empresa; que jamais assinou outros documentos pela empresa" (depoimento policial - f. 24)
> - Deborah Aily: "que em relação a empresa FAUZY comercial de equipamentos hospitalares Ltda, afirmou que ela pertence a seu tio FAUZY AILY; que no entanto, esclareceu que até o ano de 2009 seu pai administrava a empresa FAUZY; embora não fosse sócio cotista; que não sabe dizer o motivo pelo qual a empresa figurava apenas no nome de FAUZY na medida em que seu pai era 'o dono de fato da empresa'; que não conhece pessoalmente MARCIA APA-

> RECIDA DA SILVA, mas afirmou que ela é filha de uma faxineira (MARIA DA SILVA) que prestou serviços para a empresa de DAIBS como diarista; que ao que sabe ambas residem na cidade de Sumaré; que nunca ouviu falar da empresa MS Equipamentos Paulista; que sabe que MARIA DA SILVA tinha uma empresa com seu pai DAIBS mas não sabe dizer o nome: que seu pai também não figurava no contrato social da indigitada empresa, mas também a administrava; que além da FAUZY e da empresa mantida com MARIA DA SILVA afirmou que seu pai também manteve uma sociedade informal com ROBERTO NASCIMENTO, cujo nome não sabe dizer; que no entanto esta terceira empresa era administrada por ROBERTO, o qual trabalhou no escritório de contabilidade de DAIBS por alguns anos e posteriormente passaram para o ramo de material médico hospitalar, sendo sócios por aproximadamente vinte anos; [...] que em relação a outra sócia da empresa KORUS DO BRASIL LTDA, qual seja: RUTH DO NASCIMENTO, afirmou que é irmã de ROBERTO e chegou a vê-la em algumas ocasiões no escritório da empresa" (depoimento policial - f. 89/90)

Tais fatos foram ratificados em Juízo, no depoimento de Ruth do Nascimento, que afirmou que: em seu nome tem a empresa Korus e, posteriormente, lhe foi passada também a MS, ambas sempre controladas por seu irmão, que sempre teve procuração; seu irmão tinha um sócio, Daibs Aily, competindo a ambos o controle das empresas, os dois administravam e dividiam os lucros; Fauzi Aily era irmão de Daibs e abriu uma terceira empresa para que Daibs e ROBERTO DO NASCIMENTO pudessem utilizá-la na participação de licitações; trabalhou como secretária, sem registro trabalhista, na Korus por cerca de quatro anos, atendendo telefones e digitando os convites; Daibs e ROBERTO DO NASCIMENTO mantinham contato direto com Prefeitos e Secretários de Saúde para viabilizar as negociações; faziam as compras depois da licitação, depois de aprovado, porque sabiam que teriam verba; quando havia convite, a compra era "casada, já sabiam quais seriam os equipamentos, compravam, recebiam" e entregavam; "acha que tinha combinação de preços sim, porque alguns convites eles tinham preço já estipulado para aquele equipamento a Korus ganhar, um da MS, ...", "contatos por telefone, eu sei que já tinha preço definido para alguns equipamentos e aí já era feito o convite"; as empresas funcionavam como escritório com mesas e computadores, sem nada na fachada (f. 835 e 837).

Também Deborah Aily confirmou em Juízo que: seu pai, Daibs Aily, e ROBERTO DO NASCIMENTO trabalhavam juntos no mesmo escritório, cada um com uma empresa, no mesmo local; ROBERTO DO NASCIMENTO fazia toda a parte administrativa e seu pai cuidava da venda, negociação, atendimento ao público e contatos externos (f. 862/4).

Prosseguindo no exame do certame em questão, sem apresentar qualquer documentação relativa à própria constituição social ou regularidade jurídica, as quatro empresas licitantes, Korus, Fauzi, MS e Denk, apresentaram suas propostas, todas com valores superiores - exceto quanto ao desfibrilador - à cotação consignada no plano de trabalho, única realizada no certame (f. 116/35 do volume I do apenso).

Foram lavradas as atas de abertura da licitação e dos envelopes de propostas, o quadro discriminativo dos valores das propostas para cada item licitado (denominado "mapa de cotações para aquisição de equipamentos médicos") e a ata de julgamento das propostas, declarando parcialmente vencedoras as propostas das empresas Fauzi, Maria da Silva e Korus, em dois itens cada. Expirado o prazo recursal, foi proclamado o resultado do certame e, sem qualquer parecer jurídico prévio, a licitação foi homologada e adjudicado o objeto em 05/07/2004 (f. 136/40).

Finalizando a execução do convênio e do objeto licitado, foram emitidas, em 26/07/2004, as notas fiscais de todos os equipamentos adjudicados pelas três empresas, entregues na mesma

data, conforme atestado pelo próprio município (f. 146/61 do volume I do apenso).

No laudo de exame contábil, realizado pela unidade técnico-científica da Polícia Federal em 25/10/2010, concluiu-se que quase todos os equipamentos adjudicados foram adquiridos pelo Município de Charqueada por valor superior ao de mercado e sem corresponder às especificações técnicas exigidas no anexo da Carta-Convite 19/2004 (f. 59/73):

> Os exames seguem na direção de verificação da compatibilidade técnica entre as especificações constantes no edital em relação aos equipamentos efetivamente adquiridos bem como a compatibilidade entre os preços dos bens objeto do certame e o preço de mercado dos referidos bens à época em que foram adquiridos. [...]
> [...]
> 1. Desfibrilador - o modelo de desfibrilador adquirido pela Prefeitura Municipal foi o MDF03 da marca ECAFIX. Conforme informação da empresa Transform Tecnologia de Ponta Ltda, telefone (11) 2114-3021, fabricante do aparelho, *este modelo não atende todas as especificações do Edital, uma vez que o mesmo não possui marca passo e não atua como um DEA*.
> 2. Eletrocardiógrafo digital - o edital de licitação especifica que este equipamento deveria possuir 03 canais com aquisição de 12 derivações, impressora por cabeça térmica, de alta resolução com capacidade de imprimir letras e números. Impressão em 3 canais, em papel termosensível de 60mm, permitindo a escolha entre os formatos 1 canal, 2 canais, 2+R e 3 canais. Display de cristal líquido iluminado. Relógio e Datador internos. Teclado Alfanumérico para entrada do nome do paciente e dados adicionais. No exame realizado "in loco" verificou-se que *foi adquirido pela Prefeitura Municipal um MÓDULO DE AQUISIÇÃO DE ECG PARA COMPUTADOR, da marca TEB, juntamente com um computador e uma impressora, portanto em desacordo com a especificação do edital que mencionava a aquisição de um único aparelho com todas as funções e que já fizesse o registro e impressão do exame no próprio aparelho.*
> 3. Carro Maca - *os carros maca adquiridos pela Prefeitura Municipal de Charqueada apresentam especificações técnicas muito superiores às constantes no edital e no plano de trabalho aprovado, elevando o custo de aquisição em contrapartida a uma demanda de atendimento pequena para um município de baixa população.* O modelo adquirido pela Prefeitura foi o 808LX fabricado pela empresa Mercedes IMEC e possui sistema hidráulico de elevação de altura do leito, pedal centralizado de travamento, rodízios especiais, etc, itens não previstos no Plano de Trabalho e Carta Convite. Conforme nota técnica emitida pela Diretoria de Investimentos e Projetos Estratégicos do Ministério da Saúde em 03/05/2007 (fls. 454 a 461, do volume 2 do Inquérito Civil l.34.008.100020/2009-12), em função do elevado custo deste modelo de equipamento, muito provavelmente sua aquisição seria objetada pelo Ministério da Saúde em função do porte da instituição (baixa demanda de atendimento).
> 4. Carro de emergência - *os equipamentos adquiridos estão em desacordo com as especificações do edital que previa aquisição de carros de emergência em material plástico lavável, com 03 gavetas, sendo 02 na cor laranja e 01 na cor azul. Foram adquiridos carros de emergência em metal pintado, com 04 gavetas.*
> 5. Foco Clínico - este equipamento está de acordo com as especificações técnicas do edital, exceto no que se refere à luminosidade. O aparelho adquirido foi o modelo KSS90-004, fabricado pela empresa KSS Equipamentos Médicos. *A luminosidade prevista para tal aparelho é de 115.600 lux (informação do fabricante), sendo a luminosidade prevista no edital de aproximadamente 190.000 lux*, a uma distância de 01 metro.
> 6. Bomba de Infusão - o modelo adquirido pela Prefeitura foi o ST550T2 fabricado pela empresa Samtronic Ind e Com Ltda e atende às especificações do edital.
> [...]
> A metodologia utilizada na obtenção dos preços dos equipamentos na data da licitação (06/2004) foi a de deflacionar os preços atuais utilizando o Índice de Preços ao Consumidor

Amplo -IPCA (índice utilizado pelo Governo Federal para medição das taxas de inflação no país), por apresentar menor diferença entre os preços pagos pela Prefeitura Municipal e o valor de mercado da época.
Ainda, uma margem de segurança adicional de 30% (trinta por cento) foi acrescida ao valor dos produtos, para cobrir eventuais diferenças de preço entre fornecedores, aumentando ainda mais a consistência de uma eventual conclusão pelo sobrepreço na aquisição dos equipamentos. [...]
A Tabela 9 a seguir mostra a diferença entre os valores dos equipamentos na data de Junho2004, apurados conforme metodologia descrita nesta seção em comparação com os preços pagos às empresas vencedoras do certame, Convite 19/2004 da Prefeitura Municipal de Charqueada/SP:
Quadro comparativo entre valor de mercado e valor de aquisição

Equipamento (unidade)	*Preço Mercado Jun/2004 - R$ (A)*	*Preço Aquisição - R$ (B)*	*Diferença Absoluta - R$ (C) = B-A*	*Diferença Relativa - % (C/A)*100*
Desfibrilador	12.247,77	22.388,00	10.140,23	82,79%
Eletrocardiógrafo	5.415,30	8.088,00	2.672,70	49,35%
Carro Maca	8.662,35	10.103,80	1.441,45	16,64%
Carro Emergência	2.852,52	1.996,00	(-856,52)	(-30,03)%
Foco cirúrgico	5.293,44	6.794,00	1.500,56	28,34%
Bomba de Infusão	3.837,91	7.027,50	3.189,59	83,10%

[...] (grifamos)

No mesmo sentido já haviam concluído as equipes do Ministério da Saúde, quanto aos valores e especificações técnicas de alguns dos aparelhos adquiridos pelo Município (nota técnica de 22/06/2006 - f. 235/8 do volume II - f. 454/61 do volume III do apenso).

Quanto à autoria dos crimes, também restou devidamente evidenciada, na forma adiante exposta.

A atuação direta e consciente de ROBERTO DO NASCIMENTO para frustrar o caráter competitivo do Convite 19/2004 do Município de Charqueada e garantir a adjudicação de todo o objeto licitado para suas empresas, ainda com superfaturamento, é incontestável e resultou bem definida na prova oral dos autos.

Com efeito, conforme já demonstrado no tópico anterior, os depoimentos de Ostádio João Nogueira, Fauzi Aily, Deborah Aily e Ruth do Nascimento, colhidos na fase policial e corroborados em Juízo, revelam que as três empresas vencedoras do certame (Korus, MS e Fauzi) foram constituídas em nome de "laranjas", sendo todas administradas, de fato, por ROBERTO DO NASCIMENTO e Daibs Aily, já falecido (certidão de óbito a f. 92), com o propósito específico de figurarem em licitações públicas e adjudicarem todo o objeto licitado, mediante ajuste de preços em contato direto com Prefeitos e Secretários da Saúde.

Realmente, Ostádio Nogueira, Ruth do Nascimento e Fauzi Aily confirmaram que forneceram seus nomes para Daibs Aily e ROBERTO DO NASCIMENTO abrirem empresas, de fato e na prática, comandadas apenas pelos dois últimos (f. 21/2, 140, e 857). Deborah Aily, filha de Daibs, também confirmou que seu pai mantinha uma sociedade informal com ROBERTO DO NASCIMENTO, administrando as diversas empresas que estavam no nome de Fauzi Aily, da faxineira Maria da Silva e sua filha Márcia Aparecida da Silva, e Ruth do Nascimento, irmã de

ROBERTO DO NASCIMENTO, e que trabalhavam juntos em um único escritório, com divisões de tarefas (f. 89/90 e 864). Ruth do Nascimento confirmou que não havia subordinação entre Daibs Aily e ROBERTO DO NASCIMENTO (f. 857).

Em Juízo, o depoimento de Ruth do Nascimento foi ainda mais esclarecedor, pois além de emprestar seu nome para figurar no quadro societário de algumas dessas empresas, foi ainda informalmente contratada para trabalhar como secretária no escritório de Daibs e ROBERTO DO NASCIMENTO - fato confirmado por Deborah Aily (f. 90) -, onde concentravam a gestão das empresas Korus, MS e Fauzi, assim tomando conhecimento do *modus operandi* por estes utilizados na participação de certames públicos (f. 857).

Declarou Ruth do Nascimento que as pessoas, que figuram ou figuraram nos quadros societários da Korus, MS e Fauzi, emprestaram os nomes a Daibs Aily e ROBERTO DO NASCIMENTO por amizade ou parentesco, sem nada comandar, gerenciar ou participar das empresas ou delas receber os respectivos lucros ou pró-labore. Afirmou que as empresas Korus, MS e Fauzi eram administradas por Daibs Aily e ROBERTO DO NASCIMENTO em um único escritório, composto por um imóvel com salas e computadores, mas sem funcionários ou algo na fachada. Descreveu que Daibs Aily e ROBERTO DO NASCIMENTO utilizavam muito o telefone e mantinham contato direto com prefeitos e secretários da saúde. Afirmou, no entanto, não se lembrar dos nomes de HELIO DONIZETE ZANATTA, JORDANO ZANONI, VALDEMIR ANTONIO MALAGUETA ou MARCELO MONTEBELLO, pois já havia deixado de trabalhar no escritório do irmão quando do Convite 19/2004 de Charqueada. Declarou que Daibs Aily e ROBERTO DO NASCIMENTO compravam o material licitado depois de já "aprovada" a licitação, pois assim sabiam quais seriam os equipamentos e que teriam verba, realizando "compra casada". Revelou que "acha que tinha combinação de preços sim, porque alguns convites eles tinham preço já estipulado para aquele equipamento a Korus ganhar, um da MS, ...", "eu sei que já tinha preço definido para alguns equipamentos e aí já era feito o convite" (f. 857).

Os propósitos de Daibs Aily e ROBERTO DO NASCIMENTO - de frustrar o caráter competitivo do Convite 19/2004 do Município de Charqueada e garantir a adjudicação de todo o objeto licitado para suas empresas, ainda com superfaturamento - não seriam, contudo, logrados se não houvesse a participação de integrantes da administração municipal de Charqueada.

Com efeito, como já explanado, a secretária de Daibs Aily e ROBERTO DO NASCIMENTO asseverou que eles mantinham contato direto e frequente com os Prefeitos Municipais e respectivos Secretários de Saúde, não se lembrando, no entanto, dos nomes dos demais réus da presente ação, porque a licitação, na espécie, ocorreu depois de sua saída do escritório.

Não obstante, a prova dos autos revela o envolvimento doloso dos agentes públicos municipais nos fatos apurados.

Realmente, em 01/03/2001, já na gestão do Prefeito HELIO ZANATTA, a empresa Fabbrica 5 Consultoria Ltda, de MARCELO MONTEBELLO, foi contratada pela Prefeitura de Charqueada, após procedimento licitatório na modalidade convite, para a "prestação de serviços técnicos de assessoria administrativa". Tal contratação foi prorrogada, ao menos, até 31/12/2004 (f. 163).

Evidenciou-se que o Prefeito HELIO ZANATTA designava para a comissão de licitações do município servidores absolutamente leigos no assunto, para deixar a realização de todos os atos dos procedimentos licitatórios, na prática, a cargo de MARCELO MONTEBELLO. Nessas condições, os membros da comissão não seriam aptos, nem mesmo, para perceber qualquer irregularidade eventualmente realizada nesses procedimentos.

De fato, em janeiro/2004, o Prefeito HELIO ZANATTA designou os servidores Helena

Tereza Sartori de Paula, Wagner Jorge, Doralice Fátima Leonel, Romeu Antônio Verdi e Rogério Pereira Zanirato como integrantes da Comissão de Licitações, os três primeiros como membros efetivos e os dois últimos como suplentes (f. 108/9 do volume I do apenso).

Todos, à exceção de Doralice Leonel e Romeu Antônio Verdi, afirmaram, em Juízo, não possuir conhecimento técnico para atuar na comissão de licitação, mas aceitaram o encargo em razão da designação do prefeito, que os tranquilizava, afirmando que a empresa Fabbrica 5 era conhecedora da matéria e realizaria "todo" o necessário (v. mídias de f. 966 e 974).

Doralice Leonel, por sua vez, afirmou possuir conhecimento técnico para a função, já que era contadora e advogada, mas por estar sobrecarregada com os trabalhos da contadoria municipal, sequer comparecia às sessões de licitação, nem mesmo da abertura, de nada participando, tão somente assinando os respectivos papéis depois, quando já findos os trabalhos. Relatou ter sido informada de que a empresa Fabbrica 5 faria todo o trabalho, e que de fato o fazia a partir da requisição da secretaria da pasta até que tudo estivesse pronto para a compra (mídia de f. 987).

Realmente, em que pese a negativa do réu MARCELO MONTEBELLO, ao afirmar que sua atuação limitava-se à elaboração das minutas de edital (f. 130/1, 1.706 e 1.709), confirmaram Helena Sartori, Wagner Jorge, Rogério Zanirato e Luis Carlos Piedade (este, integrante da comissão de licitações do município em outro período) que, enquanto membros da comissão de licitação, além da simples abertura dos envelopes e verificação aritmética do menor preço das propostas, sempre sob a orientação presente de MARCELO MONTEBELLO, nada mais faziam ou conferiam durante todo o procedimento licitatório, apenas rubricando e assinando os documentos em confiança pelo serviço realizado por MARCELO MONTEBELLO, que recebia a requisição do Departamento de Compras, sugeria a modalidade de licitação aplicável, confeccionava o edital, fazia as publicações, participava da abertura da licitação e dos envelopes, conferia os documentos, certidões e habilitações das empresas, comparava os preços, verificava se a proposta estava de acordo com o pedido e se a empresa estava apta, realizava o julgamento, redigia a ata e, depois de tudo assinado pela comissão de licitações, encaminhava o processo para a contabilidade. A comissão de licitações não recebia nenhum documento, todos iam para MARCELO MONTEBELLO, que realizava "todo o processo licitatório; a comissão só participava da abertura dos envelopes" (f. 146/7 e mídias de f. 966 e 974).

Doralice Leonel afirmou que MARCELO MONTEBELLO tinha contato direto com o Prefeito HELIO ZANATTA (mídia de f. 987).

O processo licitatório em questão teve início com a requisição de material referente ao Convênio 1949/2003. Tal documento discriminou todos os equipamentos e respectivos preços constantes do plano de trabalho alterado e pendente ainda de aprovação do Ministério da Saúde e foi assinado, em 21/06/2004, por JORDANO ZANONI, como autoridade *requisitante*, VALDEMIR ANTÔNIO MALAGUETA, como *responsável pela cotação* e pelo Prefeito HELIO ZANATTA, autorizando a compra (f. 98/105 do volume I do apenso).

A propósito, afirmaram os integrantes da comissão de licitações, todos servidores municipais, que competia a VALDEMIR MALAGUETA, responsável pelo Departamento de Compras da Prefeitura, a cotação de preços e o chamamento das empresas para participar da licitação, conforme cadastro prévio realizado pelo setor, enviando as respectivas cartas-convites (Helena Sartori, Wagner Jorge, Doralice Leonel e Rogério Zanirato - f. 146/7, 157, 170, 966, 974 e 987).

O próprio réu VALDEMIR MALAGUETA confirmou perante a autoridade policial e em Juízo que realmente era responsável pela cotação de preços dos produtos requisitados (f. 154/5 e mídia de f. 1.709), mas que especificamente nesse caso acordou com MARCELO MONTE-

BELLO ser desnecessária qualquer pesquisa de preços: "que esclarece que o procedimento normal era um prévio levantamento de preços pelo setor de compras, sob responsabilidade do declarante [...] que a assessoria, ou seja, a empresa contratada 'Fabbrica 5', foi quem orientou que se fizesse, nesse caso, a licitação com base nesses valores, sem a elaboração de outros orçamentos; [...] que não foi feita, pelo declarante, qualquer pesquisa de preços para verificar se eles estavam condizentes com o praticado pelo mercado; [...] que isso porque o plano de trabalho já estava aprovado pelo ministério da saúde com os limites declarados no plano de trabalho" (f. 155).

Ainda, o ato convocatório do Convite 19/2004 foi elaborado por MARCELO MONTE-BELLO - responsável por *todos* os atos processo licitatório, conforme prova oral uníssona nos autos -, sem qualquer exigência de documentos para habilitação das empresas licitantes (f. 106/13 do volume I do apenso).

Apesar de tais documentos serem legalmente dispensáveis no caso de convite, como na espécie (artigo 32, § 1º, da Lei 8.666/1993), tal circunstância foi fundamental para permitir o direcionamento do certame às, conforme se constatou, inidôneas empresas Maria da Silva Campinas ME (MS Equipamentos Paulistano), Fauzi Comercial de Equipamentos Hospitalares Ltda, e Korus do Brasil Ltda. Se tal documentação tivesse sido exigida, uma singela verificação nos respectivos contratos sociais já permitiria suspeitar da coincidência ou flagrante proximidade de endereços de umas pessoas jurídicas com as outras ou os respectivos sócios (f. 72/83 do volume I do apenso).

Porém, foram diretamente convidadas a participar do Convite 19/2004, mediante postagem da respectiva carta convite, absolutamente omissa quanto a documentos para habilitação das participantes, as empresas Comercial Denk Ltda, e as comprovadamente inidôneas Maria da Silva Campinas ME (MS Equipamentos Paulistano), Fauzi Comercial de Equipamentos Hospitalares Ltda, e Korus do Brasil Ltda (f. 114/5 do volume I do apenso).

Relevante destacar, neste ponto, que o servidor municipal Wagner Jorge declarou que teve caso em que "já chegou fornecedor sabendo que havia convênio em Brasília para se oferecer a participar de licitação que nem havia sido iniciada ainda" (mídia de f. 966).

Na espécie, embora VALDEMIR MALAGUETA tenha negado, em Juízo, ter enviado tais cartas-convites no certame específico destes autos e que tais empresas estivessem previamente cadastradas no Departamento de Compras do Município (f. 1.709), em depoimento policial declarou expressamente que "que o setor de compras, sob sua responsabilidade, expedia as cartas-convite a partir de um pré-cadastro mantido neste setor; que esse cadastro mantinha mais de mil e quinhentas empresas, mas havia poucas no ramo de equipamentos hospitalares; que no caso em tela, foram encaminhadas cartas-convite para quatro empresas; [...] que não era frequente a aquisição de equipamentos hospitalares e esse processo foi o primeiro ou segundo dessa natureza; que em razão disso, não havia muitos fornecedores; que afirma que o setor de compras recebia muitas empresas que desejavam participar das licitações e que eram inseridas no cadastro" (f. 154/5).

Diretamente convidadas a participar do certame, todas as quatro empresas, Korus, Fauzi, MS e Denk, apresentaram propostas com valores superiores - exceto quanto ao desfibrilador - ao consignado no plano de trabalho unilateralmente alterado, pendente de aprovação (f. 116/35 do volume I do apenso).

Frise-se, aqui, que a não realização da pesquisa de preços de mercado dos produtos licitados contribuiu sobremaneira para a adjudicação do objeto às empresas inidôneas, pois tivesse havido a devida cotação prévia, tal orçamento impediria a aceitação das propostas superfatu-

radas ou, na pior das hipóteses, a homologação do certame e a adjudicação do objeto licitado.

No entanto, ainda que inexistente a prévia cotação dos equipamentos, as propostas apresentadas superaram os valores constantes do próprio plano de trabalho que ensejou a licitação e que estava acostado no processo licitatório, mas, mesmo assim, MARCELO MONTEBELLO as classificou, mapeou e julgou. Aliás, para camuflar a discrepância de valores, o réu elaborou o mapa de preço das propostas apresentadas, denominado "mapa de cotações para aquisição de equipamentos médicos - Comissão Permanente de abertura e julgamento de licitações - Convite nº 19/04", sem, no entanto, discriminar o preço justamente das propostas vencedoras para cada item, listando somente os valores dos demais lances, mantendo em branco o campo da melhor proposta de cada equipamento (v. f. 137 do volume I do apenso).

Não obstante tamanha incongruência, o Secretário da Saúde JORDANO ZANONI assinou tal mapa, anuindo, portanto, com as irregularidades patentes, e confessando, em Juízo, que o fez, sem se preocupar em comparar aqueles valores com os de mercado ou com aqueles por ele próprio consignados no plano de trabalho (mídia de f. 1.709) - apesar de firmado pelo Prefeito, a prova dos autos revelou que o plano de trabalho foi elaborado pelo Secretário da Saúde com o auxílio do servidor municipal Luis Carlos Piedade e um enfermeiro qualificado do hospital beneficiado (mídias de f. 987 e 1.709) -, revelando o desprezo consciente para com a coisa pública.

Ainda para dar aparência de legalidade a tais irregularidades, MARCELO MONTEBELLO redigiu para a comissão de licitação a ata de julgamento das propostas e, posteriormente publicou o resultado da licitação, declarando vencedoras as empresas Fauzi, MS e Korus, sem especificar-lhes os equipamentos e preços unitários correspondentes, mas tão somente indicando a correspondência numérica dos itens e o valor "global" de cada empresa (f. 138/40 do volume I do apenso).

Sob o subterfúgio de que "os valores globais estavam dentro da proposta inicial aprovada pelo Ministério da Saúde" e que os pareceres anteriores não apontavam nenhuma restrição (mídia de f. 1.716), o Prefeito HELIO ZANATTA homologou e adjudicou o objeto licitado (f. 138 do volume I do apenso).

Ocorre que os valores globais da licitação, apesar de superfaturados, acabaram próximos aos limites de recursos financeiros do Convênio 1949/2003 porque, desde o início, o plano de trabalho apresentado pelo Município de Charqueada estimou o desfibrilador em *valor três vezes superior* ao de mercado.

A propósito, na fase policial, a testemunha Francisco Makoto Ohashi, chefe do Serviço de Acompanhamento e Análise de Prestação de Contas (SAAP), da Divisão de Convênios do Ministério da Saúde (DICON), declarou que "estes sobrepreços foram constatados em relação aos preços fixados no plano de trabalho, aprovado para a celebração do convênio em questão; que isso [a aprovação pelo órgão concedente] não significa que esses preços do plano de trabalho não possam ter sido fixados acima dos preços praticados pelo mercado" (f. 204/5). Assim, conquanto adquirido ainda superfaturado tal aparelho, o valor efetivamente empregado em sua aquisição foi menor em relação àquele exorbitante apresentado no plano de trabalho, de modo que tal diferença permitiu adquirir com superfaturamento também os demais equipamentos, ainda nos limites dos recursos do convênio (f. 116/40 do volume I do apenso, e 59/73 dos autos principais):

Equipamento (unidade)	*Preço plano trabalho alterado, sem aprovação*	*Preço e empresa proposta vencedora*	*Preço mercado (cf. Laudo polícia federal)*
Desfibrilador	36.900,00	22.388,00 - Fauzi	12.247,77
Eletrocardiógrafo	6.300,00	8.088,00 - Korus	5.415,30
Carro Maca	6.300,00	10.103,80 - MS	8.662,35
Carro Emergência	1.869,00	1.996,00 - MS	2.852,52
Foco clínico	5.780,00	6.794,00 - Fauzi	5.293,44
Bomba de Infusão	2.670,00	7.027,50 - Korus	3.837,91

O exame da cópia integral do processo licitatório municipal revela que não houve nenhum parecer prévio à decisão do Prefeito HELIO ZANATTA que, mesmo com tais irregularidades, homologou e adjudicou o objeto licitado.

O prejuízo ao erário causado pelo superfaturamento dos produtos licitados foi ainda agravado por ROBERTO DO NASCIMENTO, que entregou pelas empresas vencedoras do certame aparelhos com exigências técnicas diversas das previstas no Anexo A da carta-convite (f. 111/3 do volume I do apenso), ora inferiores, para garantir maior margem de lucro, ora superiores, para justificar o elevado custo do produto, principalmente em município com baixa demanda de atendimento, como no caso, conforme concluiu o laudo policial de f. 59/73.

O próprio réu ROBERTO DO NASCIMENTO afirmou que esteve em Charqueada para fazer a entrega de tais aparelhos (mídia de f. 1.676), e a testemunha Ruth do Nascimento, secretária no escritório das empresas Fauzi, MS e Korus, afirmou que ROBERTO DO NASCIMENTO e Daibs Aily conferiam os equipamentos para a entrega e emissão das respectivas notas fiscais (mídia de f. 857), o que revela a consciência do corréu quanto ao desatendimento das especificações técnicas exigidas no instrumento convocatório.

Nesse ilícito derradeiro, não houve provas suficientes da autoria e materialidade em relação aos outros corréus, responsáveis pela gestão municipal de Charqueada, pois os equipamentos foram entregues diretamente no local de uso, sendo recebidos por enfermeiro do hospital beneficiado (Rogério Zanirato e Celso Henrique de Azevedo Marques - mídias de f. 974 e 1.448), que comunicou o responsável pela pasta, o Secretário de Saúde JORDANO ZANONI, que atestou o recebimento dos aparelhos nas respectivas notas fiscais (f. 146/61 do volume I do apenso).

Logo, em relação a tais réus, impõe-se a absolvição, nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Nesse contexto, as condutas dos réus HELIO DONIZETE ZANATTA, JORDANO ZANONI, VALDEMIR ANTONIO MALAGUETA, MARCELO MONTEBELLO e ROBERTO DO NASCIMENTO subsomem-se tão-somente ao tipo penal descrito no artigo 90 da Lei 8.666/1993:

> Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:
> Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Com efeito, a prova dos autos revelou que ROBERTO DO NASCIMENTO e seu sócio Daibs Aily entravam em contato direto com os Prefeitos e Secretários Municipais de Saúde para acordar a participação das empresas e resultado das licitações de equipamentos e aparelhos

hospitalares. As empresas Korus, Fauzi e MS, geridas de fato por ROBERTO DO NASCIMENTO e seu sócio Daibs Aily, participaram, ao mesmo tempo, do certame em questão, sagrando-se vencedoras e adjudicando sozinhas todo o objeto licitado.

O Prefeito HELIO DONIZETE ZANATTA contratou a empresa de MARCELO MONTEBELLO para cuidar de todos os atos de todos os procedimentos licitatórios do Município, designando para a comissão de licitações do município servidores desprovidos de qualquer conhecimento técnico para a função, garantindo, assim, a atuação livre e desvigiada de MARCELO MONTEBELLO no certame em questão. Ainda, a despeito das diversas irregularidades perpetradas no procedimento licitatório, o Prefeito HELIO DONIZETE ZANATTA, sem qualquer parecer que lhe respaldasse, chancelou todos os atos praticados, homologando e adjudicando o objeto licitado.

VALDEMIR ANTONIO MALAGUETA, acordado com MARCELO MONTEBELLO, não realizou a prévia cotação de valores dos aparelhos licitados e convidou para participar do certame, expedindo as respectivas cartas-convites, justamente as empresas Korus, Fauzi e MS, comprovadamente inidôneas, todas geridas por ROBERTO DO NASCIMENTO.

MARCELO MONTEBELLO elaborou o instrumento convocatório do certame totalmente omisso quanto à habilitação das empresas licitantes, não exigindo nem mesmo a apresentação de contrato social. Ainda, aceitou todas as propostas, mesmo que superiores aos valores consignados no plano de trabalho, classificando-as. Elaborou o mapa de valores das propostas, sem discriminar justamente as vencedoras de cada item, para camuflar o superfaturamento existente e, com o mesmo intuito, procedeu ao julgamento das propostas, sem nomear os aparelhos e respectivos valores unitários cabíveis a cada empresa vencedora.

JORDANO ZANONI elaborou o plano de trabalho do convênio, indicando os valores de cada aparelho solicitado, superfaturando excessivamente um deles, para garantir o lucro das empresas declaradas vencedoras. Ainda, alterou o plano de trabalho para adequá-lo aos recursos federais liberados pelo convênio, mas deu início ao procedimento licitatório, requisitando os equipamentos hospitalares, mesmo pendendo de aprovação do Ministério da Saúde, órgão concedente. Ainda, chancelou o mapa de valores das propostas apresentados por MARCELO MONTEBELLO, mesmo sem a consignação das propostas justamente vencedoras, e sem fazer a verificação de que quase todas encontravam-se superfaturadas em relação ao plano de trabalho por ele próprio elaborado.

Como se observa, as condutas narradas, praticadas pelos réus, foram todas concatenadas até a completa fraude ao caráter competitivo do certame, revelando a plena consciência de ilicitude dos réus quanto aos atos e omissões praticados.

A propósito, destaca Rui Stoco que, neste crime, "sujeito ativo é o particular e, mais especificamente, o licitante interessado em obter a adjudicação do objeto da licitação e ter vantagem para si ou para outrem", mas "como lembra Vicente Greco Filho, não se pode afastar a possibilidade de participação de outro agente público 'responsável pela licitação, se não cometer crime mais grave, como, por exemplo, corrupção passiva'" (FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. Lei penais especiais e sua interpretação jurisprudencial, 7 ed. rev., atual. e ampl., 2. tir, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 2, p. 2.562).

> Trata-se de delito formal, pois a consumação se dá no ato de ser promovida a fraude ou frustração da competição, independente da obtenção da vantagem para si ou para outrem (GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. Legislação criminal especial, 2 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 6, p. 796).

Em concurso material, ROBERTO DO NASCIMENTO, ainda, incorreu no crime tipificado no artigo 96, III, da Lei 8.666/1993:

> Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:
> [...]
> III - entregando uma mercadoria por outra;
> [...]
> Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Também neste caso "sujeito ativo é o particular licitante, quando ainda não se tenha concluído o certame ou o contratado, que venceu a licitação e adjudicou o seu objeto. O crime é próprio, na medida em que apenas o licitante ou o contratado podem cometê-lo. Tratando-se de crime unissubsistente, que pode ser cometido por uma só pessoa, nada impede o concurso de agentes, podendo ser coautores até mesmo servidor público" (FRANCO; STOCO, 2002, p. 2.588).

> Para a caracterização típica, deve necessariamente ocorrer o dano à Fazenda Pública, exigindo-se, desta formal, resultado natural, portanto, estando diante de crime material. [...] Tem-se como elemento subjetivo o dolo, bem como elemento subjetivo especial do tipo consistente no intuito de obter lucro abusivo, podendo chegar a esta conclusão a partir da análise da expressão 'em prejuízo da Fazenda Pública', restando evidente que o intuito do sujeito ativo é obter vantagem excessiva utilizando-se do certame, lesando a Administração Pública (GOMES; CUNHA, 2010, p. 799)

No mesmo sentido, o ensinamento de Rui Stoco: "as condutas previstas levam à conclusão de que o dolo é apenas genérico, pois o sujeito ativo assim se comporta não com o fito específico de causar dano ou prejuízo, circunstâncias que, para ele é despicienda. Seu propósito - segundo a previsão da norma - é apenas de levar alguma vantagem através da fraude. Basta, portanto, a vontade consciente e livre de [...] entregar coisa diversa para que se configure o ilícito penal" (FRANCO; STOCO, 2002, p. 2.590)

A cumulação material se justifica, pois diversas foram as condutas típicas praticadas, com objetos materiais distintos, em diferentes momentos do *iter criminis*, não se cogitando de *bis in idem*.

Realmente, discorrendo sobre o artigo 96 da Lei 8.666/1993, leciona Rui Stoco que "os arts. 90, 93 e 95 da Lei de Licitações têm a fraude como elemento do tipo. Contudo, não guardam qualquer afinidade com o delito sob comentário. [...] parece-nos inexistir qualquer conflito entre os dispositivos posto não guardarem afinidades, não havendo como vislumbrar possibilidade de 'absorção' daqueles por este se a objetividade jurídica é outra" (ob. cit., p. 2.590)

Com efeito, destaca Diógenes Gasparini que, na figura típica do artigo 90 da Lei 8.666/1993, "o que se deseja proteger é a moralidade administrativa, a correção do procedimento licitatório" (GASPARINI, Diógenes. Crimes na Licitação, 4 ed. rev. e atual., São Paulo: NDJ, 2011, p. 75). Reforça Rui Stoco que, nesse tipo penal, "objeto material é o processo de licitação em si e sua realização escorreita e secundum ius. [...], o fim colimado será sempre o de impedir ou descaracterizar o caráter competitivo do procedimento [...]" (FRANCO; STOCO, 2002, p. 2.563). Já no tipo penal do artigo 96 da Lei 8.666/1993, "o bem jurídico tutelado, agora, é o patrimônio público [...] Objeto material é a aquisição ou venda de bens e mercadorias ou o contrato dela decorrente. [...]" (FRANCO; STOCO, 2002, p. 2.589).

Na espécie, primeiramente o corréu ROBERTO DO NASCIMENTO fraudou o caráter competitivo do certame apresentando, em conluio com os demais corréus gestores públicos, três empresas distintas por ele administradas, em nome de "laranjas", garantindo para si a vantagem decorrente da adjudicação de todo o objeto da licitação. Já consumado tal delito, no segundo momento ROBERTO DO NASCIMENTO fraudou a contratação decorrente de tal certame, entregando mercadorias com especificações técnicas diversas das previstas no edital, agravando ainda mais o prejuízo da Fazenda Pública, já verificado com a adjudicação do objeto do certame sem observância da competitividade e ampliado com o superfaturamento dos produtos.

Quanto à devolução dos valores, ensina Rui Stoco que "o ressarcimento do prejuízo, após a consumação do crime, não tem o poder de extinguir a punibilidade. Apenas quando há previsão legal expressa é que tal ocorre, como nos crimes contra a ordem tributária, nos crimes contra a Previdência Social e no peculato (CP, art. 312, § 3º). Mas, em casos tais, havendo a composição do dano antes do julgamento, a pena poderá ser reduzida (CP, art. 65, III, b)" (FRANCO; STOCO, 2002, p. 2.590).

Ocorre que nem mesmo tal atenuante se aplica no caso concreto, pois exige o artigo 65, III, b, do CP que o agente tenha "procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano". No caso concreto, porém, os recursos do convênio foram apenas parcialmente devolvidos ao órgão concedente (R$ 31.635,87 e R$ 2.813,56) pela Prefeitura do Município de Charqueada, tão somente para suprimir a inadimplência da municipalidade e sustar a Tomada de Constas Especial instaurada (f. 495/503, apenso), revelando, ao fim, que quem arcou com tal reparação não foi nenhum dos réus, mas a própria população local, já carente de recursos, conforme testemunhou o médico Celso Marques (f. 1.447/8).

Procedente a acusação, comprovadas autoria e materialidade delitiva, cabe a dosimetria das penas:

- *HELIO DONIZETE ZANATTA*

No exame das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, observa-se que o réu não exibe antecedentes criminais, nada havendo nos autos de relevante quanto à respectiva conduta social.

No entanto, no contexto dos fatos narrados e provados é intensa a reprovabilidade da conduta do agente, pois agiu sem qualquer freio inibitório, valendo-se da condição decorrente do alto posto ocupado na Municipalidade para a prática de ilícito contra a própria Administração, com engenho e articulação para reduzir riscos e propiciar o resultado ilícito.

A despeito de caber justamente a tal agente público zelar, no topo da hierarquia funcional, pela res pública municipal, sempre privilegiando o interesse da população local, o réu, na condição de Prefeito Municipal, tirou proveito de prerrogativas legais para beneficiar terceiros com manifesto prejuízo à Administração.

As circunstâncias da conduta envolveram, como fartamente visto e apurado, a contratação premeditada de serviços destinados a viabilizar a fraude na licitação, a nomeação de servidores sem preparo, experiência ou mesmo conhecimento para atuar na comissão licitante, de modo a facilitar, dolosamente, a ação dos demais corréus que, dada a ausência de fiscalização e em razão de procedimentos adotados para suprimir riscos à operação, ficaram livres para realizar todo o processo licitatório, direcionando-o específica e fraudulentamente em proveito de particulares.

Tratou-se, ademais, de fraude à concorrência praticada em relação a serviço público de saúde, essencial e que gera enormes repercussões sociais, ao colocar em risco bens e interesses

de uma parcela numerosa da população, a mais carente de atenção e cuidado por parte do Poder Público, de sorte a revelar maior reprovabilidade da conduta do agente.

Por fim, as consequências do crime praticado não se limitaram à mera frustração do caráter competitivo da licitação, pois houve, em decorrência do ilícito, prejuízo efetivo à Administração, tendo sido compelido o erário municipal a devolver grande parte dos valores do convênio ao órgão concedente, aumentando a escassez de recursos destinados ao atendimento da população municipal, que acabou vitimada pela infração, praticada justamente por aquele a quem confiou a gestão de seus interesses sociais mais basilares e genuínos.

A intensificação da reprimenda, no contexto, impõe-se justamente para "incrementar a resposta penal em caso de servidores que ocupem cargos em comissão ou exerçam funções de direção, assessoramento, ou confiança. Requer-se, então, um maior grau de probidade de altos servidores em relação aos quais a administração depositou um grau maior de confiança" (ACR 0002206-33.2009.4.04.7110, Rel. Juiz Conv. JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR, DE 12/07/2013).

Por todas essas razões, justifica-se a fixação da pena-base em 03 (três) anos de detenção e, não existindo circunstâncias agravantes ou atenuantes, nem causas especiais de aumento ou diminuição da pena, torno-a definitiva no montante apontado.

Quanto à pena pecuniária, o artigo 99 da Lei de Licitações prevê a sua fixação, para os tipos dos artigos 89 a 98, em quantia fixa calculada em índices percentuais sobre o valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferida pelo agente. Em se tratando de licitação nula oriunda de direcionamento do certame, a adjudicação do objeto consistiu na vantagem indevida auferida através da ação dos réus, razão pela qual o próprio montante pago pelo Município na licitação fraudada, conforme auferido por laudo técnico nos autos (f. 59/73: R$ 68.497,10), deve servir de base de cálculo do valor da multa, aplicando-se no caso o percentual de 3% sobre tal montante, a resultar na pena pecuniária de R$ 2.054,91, a ser revertido ao Município lesado.

Assim, fixa-se como definitiva ao réu HELIO DONIZETE ZANATTA a pena de 03 (três) anos de detenção, a ser iniciada em regime aberto, e multa de R$ 2.054,91 (dois mil e cinquenta e quatro reais e noventa e um centavos) a ser revertida ao Município lesado, devidamente atualizado nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

- JORDANO ZANONI

No exame das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, observa-se que o réu não exibe antecedentes criminais, nada havendo nos autos de relevante quanto à respectiva conduta social.

No entanto, no contexto dos fatos narrados e provados é intensa a reprovabilidade da conduta do agente, pois agiu sem qualquer freio inibitório, valendo-se da condição decorrente do alto posto ocupado na Municipalidade para a prática de ilícito contra a própria Administração, com engenho e articulação para reduzir riscos e propiciar o resultado ilícito.

A despeito de caber justamente a tal agente público zelar, enquanto integrante do primeiro escalão do governo, pela *res* pública municipal, sempre privilegiando o interesse da população local, o réu, como Secretário Municipal de Saúde, tirou proveito de prerrogativas legais para beneficiar terceiros com manifesto prejuízo à Administração.

As circunstâncias da conduta envolveram, como fartamente visto e apurado, a elaboração do plano de trabalho com superfaturamento de preços, além da viabilização e aprovação preordenada de atos praticados por outros agentes e subordinados, corréus, com o fim de conferir aparência de regularidade, objetivando facilitar a perpetração da fraude na licitação e garantir o êxito da empreitada criminosa.

Tratou-se, ademais, de fraude à concorrência praticada em relação a serviço público de saúde, essencial e que gera enormes repercussões sociais, ao colocar em risco bens e interesses de uma parcela numerosa da população, a mais carente de atenção e cuidado por parte do Poder Público, de sorte a revelar maior reprovabilidade da conduta do agente.

Por fim, as consequências do crime praticado não se limitaram à mera frustração do caráter competitivo da licitação, pois houve, em decorrência do ilícito, prejuízo efetivo à Administração, tendo sido compelido o erário municipal a devolver grande parte dos valores do convênio ao órgão concedente, aumentando a escassez de recursos destinados ao atendimento da população municipal, que acabou vitimada pela infração, praticada justamente por aquele a quem confiou a gestão de seus interesses sociais mais basilares e genuínos.

Em casos que tais, como adrede apontado, a reprimenda penal deve ser ajustada à gravidade das circunstâncias que envolvem a prática da conduta delitiva (ACR 0002206-33.2009.4.04.7110, Rel. Juiz Conv. JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR, DE 12/07/2013).

Por todas essas razões, justifica-se a fixação da pena-base em 03 (três) anos de detenção e, não existindo circunstâncias agravantes ou atenuantes, nem causas especiais de aumento ou diminuição da pena, torno-a definitiva no montante apontado.

Quanto à pena pecuniária, o artigo 99 da Lei de Licitações prevê a sua fixação, para os tipos dos artigos 89 a 98, em quantia fixa calculada em índices percentuais sobre o valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferida pelo agente. Em se tratando de licitação nula oriunda de direcionamento do certame, a adjudicação do objeto consistiu na vantagem indevida auferida através da ação dos réus, razão pela qual o próprio montante pago pelo Município na licitação fraudada, conforme auferido por laudo técnico nos autos (f. 59/73: R$ 68.497,10), deve servir de base de cálculo do valor da multa, aplicando-se no caso o percentual de 3% sobre tal montante, a resultar na pena pecuniária de R$ 2.054,91, a ser revertido ao Município lesado.

Assim, fixa-se como definitiva ao réu JORDANO ZANONI a pena de 03 (três) anos de detenção, a ser iniciada em regime aberto, e multa de R$ 2.054,91 (dois mil e cinquenta e quatro reais e noventa e um centavos), a ser revertida ao Município lesado, devidamente atualizado nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

- *VALDEMIR ANTONIO MALAGUETA*

No exame das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, observa-se que o réu não exibe antecedentes criminais, nada havendo nos autos de relevante quanto à respectiva conduta social.

No entanto, no contexto dos fatos narrados e provados é intensa a reprovabilidade da conduta do agente, pois agiu sem qualquer freio inibitório, valendo-se da condição decorrente do alto posto ocupado na Municipalidade para a prática de ilícito contra a própria Administração, com engenho e articulação para reduzir riscos e propiciar o resultado ilícito.

A despeito de caber justamente a tal agente público zelar, enquanto integrante do primeiro escalão do governo, pela res pública municipal, sempre privilegiando o interesse da população local, o réu, na condição de Diretor do Departamento de Compras do Município, tirou proveito de prerrogativas legais para beneficiar terceiros com manifesto prejuízo à Administração.

As circunstâncias da conduta envolveram, como fartamente visto e apurado, a prática de atos da maior relevância na licitação, com a formulação de carta-convite e consequente participação no certame das três empresas inidôneas, submetidas a uma única administração de fato, privilegiada fraudulentamente em detrimento do caráter competitivo da licitação, de modo a facilitar a perpetração da fraude na licitação e garantir o êxito da empreitada criminosa.

Tratou-se, ademais, de fraude à concorrência praticada em relação a serviço público de saúde, essencial e que gera enormes repercussões sociais, ao colocar em risco bens e interesses de uma parcela numerosa da população, a mais carente de atenção e cuidado por parte do Poder Público, de sorte a revelar maior reprovabilidade da conduta do agente.

Por fim, as consequências do crime praticado não se limitaram à mera frustração do caráter competitivo da licitação, pois houve, em decorrência do ilícito, prejuízo efetivo à Administração, tendo sido compelido o erário municipal a devolver grande parte dos valores do convênio ao órgão concedente, aumentando a escassez de recursos destinados ao atendimento da população municipal, que acabou vitimada pela infração, praticada justamente por aquele a quem confiou a gestão de seus interesses sociais mais basilares e genuínos.

Em casos que tais, como adrede apontado, a reprimenda penal deve ser ajustada à gravidade das circunstâncias que envolvem a prática da conduta delitiva (ACR 0002206-33.2009.4.04.7110, Rel. Juiz Conv. JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR, DE 12/07/2013).

Por todas essas razões, justifica-se a fixação da pena-base em 03 (três) anos de detenção e, não existindo circunstâncias agravantes ou atenuantes, nem causas especiais de aumento ou diminuição da pena, torno-a definitiva no montante apontado.

Quanto à pena pecuniária, o artigo 99 da Lei de Licitações prevê a sua fixação, para os tipos dos artigos 89 a 98, em quantia fixa calculada em índices percentuais sobre o valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferida pelo agente. Em se tratando de licitação nula oriunda de direcionamento do certame, a adjudicação do objeto consistiu na vantagem indevida auferida através da ação dos réus, razão pela qual o próprio montante pago pelo Município na licitação fraudada, conforme auferido por laudo técnico nos autos (f. 59/73: R$ 68.497,10), deve servir de base de cálculo do valor da multa, aplicando-se no caso o percentual de 3% sobre tal montante, a resultar na pena pecuniária de R$ 2.054,91, a ser revertido ao Município lesado.

Assim, fixa-se como definitiva ao réu VALDEMIR ANTONIO MALAGUETA a pena de 03 (três) anos de detenção, a ser iniciada em regime aberto, e multa de R$ 2.054,91 (dois mil e cinquenta e quatro reais e noventa e um centavos), a ser revertida ao Município lesado, devidamente atualizado nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

- MARCELO MONTEBELLO

No exame das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, observa-se que o réu não exibe antecedentes criminais, nada havendo nos autos de relevante quanto à respectiva conduta social.

No entanto, no contexto dos fatos narrados e provados é intensa a reprovabilidade da conduta do agente, pois agiu sem qualquer freio inibitório, valendo-se da condição, adquirida junto à Municipalidade, para comandar e executar atos do procedimento licitatório, que se mostraram essenciais à prática de ilícito perpetrado contra a própria Administração, com ativa e decisiva atuação na articulação e execução das condutas para reduzir riscos e propiciar o resultado ilícito.

A despeito de caber a tal agente, equiparado a funcionário público (artigo 327, CP) público, zelar pela res pública municipal, sempre privilegiando o interesse da população local, o réu, como contratado pela Administração, tirou proveito de prerrogativas funcionais.

As circunstâncias da conduta envolveram, como fartamente visto e apurado, a prática de atos essenciais ao propósito de direcionar o certame a três empresas inidôneas, distinguindo-as com o convite à participação, dispensando deliberadamente a exibição de documentos para assim ocultar a irregularidade das licitantes e das propostas em meio à estratégia de inibição

do caráter competitivo do procedimento, permitindo direcionamento da licitação e adjudicação da totalidade do objeto licitado de forma fraudulenta e lesiva ao patrimônio público.

Tratou-se, ademais, de fraude à concorrência praticada em relação a serviço público de saúde, essencial e que gera enormes repercussões sociais, ao colocar em risco bens e interesses de uma parcela numerosa da população, a mais carente de atenção e cuidado por parte do Poder Público, de sorte a revelar maior reprovabilidade da conduta do agente.

Ademais, as consequências do crime praticado não se limitaram à mera frustração do caráter competitivo da licitação, pois houve, em decorrência do ilícito, prejuízo efetivo à Administração, tendo sido compelido o erário municipal a devolver grande parte dos valores do convênio ao órgão concedente, aumentando a escassez de recursos destinados ao atendimento da população municipal, que acabou vitimada pela infração, praticada justamente por aquele a quem confiou a gestão de seus interesses sociais mais basilares e genuínos.

Em casos que tais, como adrede apontado, a reprimenda penal deve ser ajustada à gravidade das circunstâncias que envolvem a prática da conduta delitiva (ACR 0002206-33.2009.4.04.7110, Rel. Juiz Conv. JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR, DE 12/07/2013).

Por todas essas razões, justifica-se a fixação da pena-base em 03 (três) anos de detenção e, não existindo circunstâncias agravantes ou atenuantes, nem causas especiais de aumento ou diminuição da pena, torno-a definitiva no montante apontado.

Quanto à pena pecuniária, o artigo 99 da Lei de Licitações prevê a sua fixação, para os tipos dos artigos 89 a 98, em quantia fixa calculada em índices percentuais sobre o valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferida pelo agente. Em se tratando de licitação nula oriunda de direcionamento do certame, a adjudicação do objeto consistiu na vantagem indevida auferida através da ação dos réus, razão pela qual o próprio montante pago pelo Município na licitação fraudada, conforme auferido por laudo técnico nos autos (f. 59/73: R$ 68.497,10), deve servir de base de cálculo do valor da multa, aplicando-se no caso o percentual de 3% sobre tal montante, a resultar na pena pecuniária de R$ 2.054,91, a ser revertido ao Município lesado.

Assim, fixa-se como definitiva ao réu MARCELO MONTEBELLO a pena de 03 (três) anos de detenção, a ser iniciada em regime aberto, e multa de R$ 2.054,91 (dois mil e cinquenta e quatro reais e noventa e um centavos), a ser revertida ao Município lesado, devidamente atualizado nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

- ROBERTO DO NASCIMENTO

No exame das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, observa-se que o réu não exibe antecedentes criminais, nada havendo nos autos de relevante quanto à respectiva conduta social.

No entanto, no contexto dos fatos narrados e provados é intensa a reprovabilidade da conduta do agente, pois agiu sem qualquer freio inibitório, a partir de estrutura organizada destinada a praticar fraudes contra a Administração Pública, comandando, através de "laranjas", empresas inidôneas, que tomaram parte em licitação fraudada.

As circunstâncias da conduta envolveram, como fartamente visto e apurado, a constituição de empresas a partir de "laranjas", o contato e interação operacional com agentes públicos aliciados para viabilizar a participação e êxito em licitações fraudadas, mediante direcionamento do certame com prejuízos para a Administração, em razão de preços manipulados e superiores aos de mercado, e ainda com a entrega de mercadorias fora do padrão técnico da própria licitação, revertendo em mais danos para a Municipalidade.

Tratou-se, ademais, de fraude à concorrência praticada em relação a serviço público de saúde, essencial e que gera enormes repercussões sociais, ao colocar em risco bens e interesses de uma parcela numerosa da população, a mais carente de atenção e cuidado por parte do Poder Público, de sorte a revelar maior reprovabilidade da conduta do agente. Na mesma toada, o descumprimento das regras do edital, com entrega de bens com especificações inferiores ou distintas das licitadas, é conduta que revela particular gravidade a ensejar maior sanção, em se tratando de equipamentos destinados ao atendimento do serviço público de saúde.

Por fim, as consequências do crime praticado não se limitaram à mera frustração do caráter competitivo da licitação, pois houve, em decorrência do ilícito, prejuízo efetivo à Administração, tendo sido compelido o erário municipal a devolver grande parte dos valores do convênio ao órgão concedente, aumentando a escassez de recursos destinados ao atendimento da população municipal, que acabou vitimada pela infração praticada. Também a entrega de produtos, com especificações técnicas distintas ou inferiores às previstas no edital, diretamente afetam as necessidades e geram deficiência ou menor eficiência na prestação de serviço público essencial.

Por tais razões, justifica-se a fixação da pena-base em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção, quanto ao crime tipificado no artigo 90 da Lei 8.666/1993; e em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de detenção, quanto ao tipo penal previsto no artigo 96, III, da Lei de Licitações. Não existindo, por sua vez, circunstâncias agravantes ou atenuantes, nem causas especiais de aumento ou diminuição da pena, torno-as definitivas nos montantes apontados.

Quanto à pena pecuniária, o artigo 99 da Lei de Licitações prevê a sua fixação, para os tipos dos artigos 89 a 98, em quantia fixa calculada em índices percentuais sobre o valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferida pelo agente. Em se tratando de licitação nula oriunda de direcionamento do certame, a adjudicação do objeto consistiu na vantagem indevida auferida através da ação dos réus, razão pela qual o próprio montante pago pelo Município na licitação fraudada, conforme auferido por laudo técnico nos autos (f. 59/73: R$ 68.497,10), deve servir de base de cálculo do valor da multa, aplicando-se no caso, para cada uma das infrações, o percentual de 3% sobre tal montante, a resultar na pena pecuniária de R$ 2.054,91, a ser revertido ao Município lesado.

Praticados os crimes com ações, tempo e circunstâncias distintas, fixa-se, nos termos do artigo 69, *caput*, do Código Penal, a pena definitiva de ROBERTO DO NASCIMENTO em 06 (seis) anos de detenção, a ser iniciada em regime semiaberto, e multa de R$ 4.109,82 (quatro mil, cento e nove reais e oitenta e dois centavos), a ser revertida ao Município lesado, devidamente atualizado nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Em razão do montante das penas privativas de liberdade aplicadas, cabe tratar da sua conversão em restritivas de direitos.

Quanto a HELIO DONIZETE ZANATTA, JORDANO ZANONI, VALDEMIR ANTONIO MALAGUETA e MARCELO MONTEBELLO, verificam-se presentes os requisitos do artigo 44, I a III, do CP, cabendo, em prol deles, nos termos do § 2º do mesmo dispositivo c/c artigos 43, IV e 45, § 1º, do CP, a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade ou entidade pública ou privada, pelo mesmo prazo da condenação, e prestação pecuniária no valor de 10 (dez) salários-mínimos, para cada um dos réus, em benefício de entidade com destinação social, conforme definido pelo Juízo das Execuções Penais.

Todavia, inviável a substituição em favor do réu ROBERTO DO NASCIMENTO, em razão do *quantum* da condenação (v.g. HC 411.264, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, DJE 28/11/2017 e

AGARESP 821.530, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJE 13/05/2016).

Representado judicialmente o réu ROBERTO DO NASCIMENTO pela Defensoria Pública da União, para garantia da ampla defesa e contraditório, dada a inércia dos defensores constituídos nos autos, mas, inexistindo comprovação de hipossuficiência econômica, cabível a fixação de honorários advocatícios de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a favor do Fundo de Aparelhamento da Defensoria Pública, nos termos dos artigos 263 do CPP e 4º, XXI, da LC 80/1994.

Cabe, outrossim, condenar o advogado Dr. Jailton Alves Ribeiro Chagas, OAB/SP 225.930, patrono do réu ROBERTO DO NASCIMENTO (procuração f. 339), nas penas do artigo 265 do Código de Processo Penal, em razão do abandono da causa, impondo a multa, no mínimo legal, de 10 (dez) salários mínimos, oficiando-se à OAB e à Fazenda Pública para as providências cabíveis, proposição esta acolhida nos termos do voto do Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA.

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a ação penal, para condenar os réus HELIO DONIZETE ZANATTA, JORDANO ZANONI, VALDEMIR ANTONIO MALAGUETA e MARCELO MONTEBELLO, pela prática, em concurso de agentes (artigo 29 do Código Penal), do crime tipificado no artigo 90 da Lei 8.666/1993, à pena privativa de liberdade de 03 (três) anos de detenção, a ser iniciada em regime aberto, e à multa de R$ 2.054,91 (dois mil e cinquenta e quatro reais e noventa e um centavos), a ser revertida ao Município lesado, devidamente atualizado nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal; ficando, porém, substituída a privativa de liberdade, em relação a cada um dos citados réus, por 02 (duas) penas restritivas de direito, consistentes na prestação de serviços à comunidade ou entidade pública ou privada, pelo mesmo prazo da condenação, e prestação pecuniária no valor de 10 (dez) salários-mínimos, para cada condenado, a favor de entidade com destinação social, conforme definido pelo Juízo das Execuções Penais.

Também condeno o réu ROBERTO DO NASCIMENTO, pela prática dos crimes previstos nos artigos 90 e 96, III, da Lei 8.666/1993, em concurso material (artigo 69 do Código Penal), à pena privativa de liberdade de 06 (seis) anos de detenção, a ser iniciada em regime semiaberto, e multa de R$ 4.109,82 (quatro mil, cento e nove reais e oitenta e dois centavos), a ser revertida ao Município lesado, devidamente atualizado nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Quanto ao crime do artigo 96, III, da Lei 8.666/1993, em relação aos réus HÉLIO DONIZETE ZANATTA, JORDANO ZANONI, VALDEMIR ANTONIO MALAGUETA e MARCELO MONTEBELLO, absolvo-os da imputação, nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Os réus podem recorrer em liberdade.

Custas conforme o disposto no artigo 804 do CPP.

Com o trânsito em julgado, lance-se os nomes dos réus no "rol dos culpados", expedindo-se ofícios aos órgãos competentes para cuidar da estatística e antecedentes criminais.

Oficie-se ao Tribunal Regional Eleitoral com jurisdição sobre o domicílio dos réus, para os fins do artigo 15, III, da CF.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0003749-33.2013.4.03.6181
(2013.61.81.003749-6)

Apelante: ALEXANDRE SALDANHA DE OLIVEIRA E DENIS DOS SANTOS PIERRI
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA
Classe do Processo: Ap. 66864
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/05/2018

EMENTA

PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. FURTO MEDIANTE FRAUDE. OPERAÇÃO "CRÉDITO FÁCIL". NULIDADE DE PROVAS. PRORROGAÇÕES INDEVIDAS DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICÁVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. PENAS-BASES REDUZIDAS. SÚMULA 444 DO STJ. PENAS DE MULTA REDIMENSIONADAS. RECURSOS DE DOIS CORRÉUS PARCIALMENTE PROVIDOS. DO OUTRO, DESPROVIDO.

1. Réus denunciados pela prática do delito capitulado no artigo 155, §4º, II, do Código Penal, dois deles em concurso de agentes e continuidade delitiva.

2. Nulidade das provas decorrente das indevidas e sucessivas prorrogações da interceptação telefônica. Teoria do fruto da árvore envenenada. Prorrogações das interceptações telefônicas foram devidamente autorizadas e justificadas (autos de interceptação telefônica n.0000806-14.2011.403.6181 - mídia digital acostada à fl. 534), em estrita observância aos ditames legais. Comprovada a indispensabilidade do meio de prova (na dicção do próprio artigo 5º da Lei nº 9.296/96), é possível a renovação da interceptação telefônica. Nulidade pela não observância do princípio *ne bis in idem* . Condenações concomitantes por peculato e furto mediante fraude. Inocorrência. Imputadas condutas distintas: a participação em associação criminosa dedicada à subtração, desbloqueio, compra e venda dos mesmos, à realização de operações fraudulentas com cartões bancários desviados das dependências da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e a participação no extravio dos próprios cartões bancários (fatos de que cuidam os autos n. 0012918-15.2011.403.6181), bem como a subtração de valores com a utilização indevida dos destes, em prejuízo da instituição financeira emissora dos cartões e detentora das contas correntes sacadas (fatos tratados nos presentes autos). Inexistência de crime meio e crime fim. Inaplicável a consunção. Delitos autônomos e distintos que atingem bens jurídicos diversos. Preliminares afastadas.

3. A materialidade dos crimes de furto mediante fraude e a autoria atribuída aos apelantes encontram amparo na prova produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

4. Decretos condenatórios mantidos.

5. Dosimetria. Redução das penas bases. Maus antecedentes, conduta social e personalidade sopesados em afronta à Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça. Redimensionamento das penas de multas, com aplicação de critério de cálculo idêntico ao utilizado na fixação da pena privativa de liberdade.

6. A participação efetiva do corréu DENIS no furto de R$ 10.000,00 (dez) mil reais subtraídos por ALEXANDRE SALDANHA da conta corrente de Marcus Vinicius Ponce acrescida à série de condutas delitivas cometidas pelo réu DENIS, pois atuou como coautor e não como partícipe (conforme consignado na sentença) e no mesmo contexto fático, o que o beneficia. Pena total reduzida.
7. Apelações de dois réus providas em parte, a do terceiro réu desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar parcial provimento à apelação de *CAIO CÉSAR VICENTE* para reduzir a pena-base e redimensionar a pena-multa, utilizando o mesmo critério para o cálculo da pena privativa de liberdade, totalizando a pena final de 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 11 (onze) dias-multa, e reverter, de ofício, a pena de multa substitutiva para o banco Santander (vítima), nos termos do relatório e voto do Relator, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, acompanhado pelo Des. Fed. Valdeci dos Santos, vencido o Des. Fed. Wilson Zauhy que dava parcial provimento à apelação, fixava a pena em 02 anos de reclusão e 10 dias-multa, regime inicial aberto, substituída a pena por duas restritivas de direitos. Por maioria, dar parcial provimento à apelação de *ALEXANDRE SALDANHA DE OLIVEIRA* para reduzir a pena-base e redimensionar a pena-multa, utilizando o mesmo critério para o cálculo da pena privativa de liberdade, totalizando a pena final de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, nos termos do relatório e voto do Relator, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, acompanhado pelo Des. Fed. Valdeci dos Santos, vencido o Des. Fed. Wilson Zauhy que dava parcial provimento à apelação, fixava a pena em 02 anos, 07 meses e 15 dias de reclusão, pena de multa de 12 dias-multa, regime inicial aberto, substituída a pena por duas restritivas de direitos. Por maioria, negar provimento à apelação de *DENIS DOS SANTOS PIERRE* e, de ofício, reduzir a pena-base e redimensiono a pena-multa, utilizando o mesmo critério para o cálculo da pena privativa de liberdade, totalizando a pena final de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, nos termos do voto do relator, acompanhado pelo Des. Fed. Valdeci dos Santos, vencido o Des. Fed. Wilson Zauhy que negava provimento à apelação e, de ofício, reduzia sua pena.

São Paulo, 24 de abril de 2018.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Cuida-se de Apelações Criminais interpostas por CAIO CÉSAR VICENTE, ALEXANDRE SALDANHA DE OLIVEIRA, representados pela Defensoria Pública da União, e por DENIS DOS SANTOS PIERRE, contra sentença de fls. 676/686, proferida pelo Juízo da 1º Vara Criminal Federal de São Paulo que:

- condenou CAIO CÉSAR VICENTE à pena de 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 45 (quarenta e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pela prática do delito previsto no artigo 155, §4º, II, do Código Penal, em regime inicialmente aberto, substituída por duas

penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária equivalente a 02 (dois) salários mínimos.

- condenou ALEXANDRE SALDANHA DE OLIVEIRA à pena de 04 (quatro) anos e 01 (um) mês de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 150 (cento e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pela prática do delito previsto no artigo 155, §4º, II, c.c art. 71, ambos do Código Penal;

- condenou DENIS DOS SANTOS PIERRE à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) mês de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pela prática do delito previsto no artigo 155, §4º, II, c.c artigo 29 do Código Penal e à pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 75 (setenta e cinco) dias-multa pela prática do delito do artigo 155, §4º, II, c.c art. 71, ambos do Código Penal, a serem cumpridas em regime semiaberto.

Trata a denúncia, especificamente, de operações bancárias fraudulentas realizadas pelos denunciados com cartões emitidos por instituições bancárias, extraviados (e/ou clonados) das dependências dos Centros de Triagem de Encomendas da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, localizados nesta cidade de São Paulo, fatos investigados no âmbito da Operação "Crédito Fácil", da Polícia Federal.

O caso dos autos relaciona-se à quadrilha atuante no Centro de Distribuição Domiciliar da EBCT, localizado no bairro de Vila Carrão, dedicada, principalmente, ao desvio e desbloqueio, compra e venda de cartões de débito/crédito emitidos por diversas instituições financeiras, clonagem e utilização indevida dos mesmos.

Além da denúncia pelos delitos de peculato e formação de quadrilha, apurados nos autos da ação penal n.; 0012918-15.2011.403.6108, a acusação imputa aos apelantes, nos presentes autos, a utilização de cartões bancários desviados dos Correios para subtrair valores dos seus titulares por meio de saques, transferências, compras, pagamentos de boletos, entre outras infrações penais.

Narra a denúncia que (fls. 381/389):

> (...) I - FURTO PRATICADO PELO ACUSADO CAIO
> Conforme exposto acima, CAIO atuava na captação e desbloqueio de cartões de terceiros desviados dos Correios e posterior utilização fraudulenta deste para obter valores de forma indevida.
> Assim, no dia 20/05/2011, às 19:00h, CAIO de posse do cartão bancário em nome de Luis Fernando dos "Santos" Pessoa (CPF n. 272.749.118-21) telefonou ao banco Santander e, passando-se pelo cliente Luiz Fernando "Santos" Pessoa, tentou obter a senha do cartão que tinha em mãos, todavia, a senha não foi liberada diante da divergência dos dados pessoais apresentados por CAIO com aqueles cadastrados no banco (fl. 1.188 do AC n. 07/2011, constante dos autos de n. 0000806-142011.403.6181, doc . 03). O acusado então buscou novos dados pessoais do titular e , em 24/05/2011, às 21:44:30h., telefonou novamente ao banco Santander e, desta vez, conseguiu ouvir a senha e chave de segurança do cartão n. 5021 2131 9924 6433 em nome da vítima (fl. 1189 do Ac n. 07/2011, doc. 03) .
> Conforme informado pelo banco Santander (doc. 04, o cartão acima referido foi utilizado para realizar um transferência não reconhecida pelo seu titular, de R$ 2.000,00 (dois mil reais), efetivada no dia 25/05/2011, ou seja, um dia após CAIO obter a senha e a chave de segurança do cartão.
> Assim agindo, CAIO subtraiu mediante fraude, o valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais da conta mantida por Luis Fernando Santos Pessoa no banco Santander.
> Apesar da vítima ser instituição financeira privada (Santander), o cartão utilizado por CAIO

para a realização do furto foi obtido mediante peculato praticado em detrimento dos Correios (empresa pública federal), de forma que estão presentes as causa de conexão previstas no art. 76, inc. I e III, do CPP, a justificar a competência federal.
A corroborar o fato de que o cartão da vítima foi obtido por meio de peculato contra os Correios, frise-se a informação de fl. 3300 dos autos n. 0012918.15.2011.403.6181 (doc. 04), no sentido de que o cartão utilizado para o furto não havia sequer sido recebido por seu titular, vez que foi subtraído dentro da EBCT.
II. FURTO PRATICADO PELOS ACUSADO ALEXANDRE E DENIS
ALEXANDRE , vulgo "BAIANO", e DENIS, também atuavam na captação e desbloqueio de cartões de terceiros desviados dos Correios, e posterior utilização fraudulenta deste para obter valores de forma indevida.
Nesta atuação criminosa, ALEXANDRE, de posse do cartão bancário em nome de marcos Vinicius Ponce (CPF 508.225.607-63) telefonou ao banco Santander dia 25/05/2011, às 17:46:51h (doc. 05) e passando-se pelo titular da conta, conseguiu obter a senha e a chave de segurança do cartão. Em ligação realizada minutos depois, ou seja, no mesmo dia, ALEXANDRE conseguiu obter o desbloqueio da senha de internet do cartão. (...)
Verifica-se das ligações supra, que ALEXANDRE, fazendo-se se passar pelo titular da conta, e inclusive fornecendo dados pessoais desse titular para confirmar este fato, obteve as senhas de utilização do cartão titularizado por Marcus Vinicius Ponce.
De posse do cartão e das senhas deste, ALEXANDRE realizou diversas operações bancárias em detrimento da vítima Marcus Vinicius Ponce e do banco Santander, listadas à fl. 3.299 dos autos n. 0012918-15.2011.403.6181 (doc. 04)Conforme informou o banco Santander, o cartão acima referido foi utilizado para realizar transferências e pagamentos de celulares entre os dias 25 e 26 de maio de 2011, operações estas não reconhecidas por seu titular, que somaram o valor de R$ 35.350,00 (trinta e cinco mil e trezentos e cinquenta reais).
Um adas operações fraudulentas realizadas por ALEXANDRE consistiu na transferência de R$ 10.000,00 (dez mil reais) para o corréu DENIS DOS SANTOS PIERRE, que dessa forma, atuou como partícipe no furto qualificado praticado por ALEXANDRE, pois recebeu em sua conta pessoal valor subtraído por este último (doc. 04).
Assim agindo, ALEXANDRE subtraiu mediante fraude, e por meio de 12 condutas continuadas, o valor de R$ 35.350,00 (trinta e cinco mil, trezentos e cinquenta reais) da conta mantida por Marcus Vinicius Ponce no banco Santander. DENIS atuou como partícipe em pelo menos uma dessas condutas, tendo concorrido para subtração de R$ 10.000,00, ao receber em sua conta uma transferência efetuada de forma fraudulenta, em 26/05/2011, no valor referido.
Também neste caso, apesar da vítima ser instituição financeira privada (Santander), o cartão bancário utilizado por ALEXANDRE para realização dos furtos foi obtido mediante peculato praticado em detrimento dos Correios, de forma que estão presentes as causas de conexão previstas no art. 76, inc. II e III do CPP, a justificar a competência federal.
III - DO FURTO QUALIFICADO PRATICADO PELO ACUSADO DÊNIS
Além do furto qualificado acima descrito, DENIS também praticou outras 10 (dez) condutas que configuram crime de furto qualificado, em detrimento do Santander e da Vítima angélica Nishida, no dia 10/06/2011. De fato, no dia 23/05/2011, às 13:09:55h, DENIS, de posse do cartão bancário em nome de Angélica Nishida (CPF n. 051.930.678-32) telefonou ao banco Santander e, passando-se pela cliente Angélica Nishida, obteve a senha e a chave de segurança do cartão 5021 2130 6544 8162 (fls. 1143/1144 do Ac n. 07/2011 constantes dos autos n. 0000806-14.2011.4.03.6181, doc. 03).
Conforme informado pelo banco Santander (doc. 06), o cartão acima referido foi utilizado para realizar operações fraudulentas, não reconhecidas por seu titular, no dia 10/06/2011. As operações consistiam em saques, transferências e pagamentos de IPVA, no valor de R$ 18.449,52 (dezoito mil, quatrocentos e quarenta e nove reais e cinquenta centavos). O banco informou também que a cliente sequer chegou a receber o cartão, o que confirma que este foi subtraído pela quadrilha, ainda quando estava sob responsabilidade da EBCT.

> Assim agindo, DENIS subtraiu mediante fraude, o valor de R$ 18.449,52 (dezoito mil, quatrocentos e quarenta e nove reais e cinquenta e dois centavos) da conta mantida por angélica Nishida no banco Santander.
> Apesar da vítima ser instituição financeira privada (Santander), o cartão bancário utilizado por DENIS para realização dos furtos foi obtido mediante peculato praticado em detrimento dos Correios, de forma que estão presentes as causas de conexão previstas no art. 76, inc. II e III do CPP, a justificar a competência federal.
> (...)

A denúncia foi recebida em 19/04/2013 (fl. 390). A sentença condenatória foi publicada em 05/02/2013 (fl. 687).

Às fls. 690/706, a Defesa de CAIO CÉSAR VICENTE e ALEXANDRE SALDANHA DE OLIVEIRA, preliminarmente, sustenta:

- a nulidade das provas decorrente da violação do sigilo telefônico (frutos da árvore envenenada), ao argumento de que tal meio de prova foi utilizado indevidamente como instrumento inicial de investigação criminal, bem como pela inobservância do prazo estipulado na Lei n. 9.296/96, em face das sucessivas prorrogações;

- violação do princípio do *non bis in idem* em decorrência da condenação pelo delito de peculato dos autos da ação penal n. 0012918-15.2011.403.6181, sob o argumento de que a referida denúncia daquele feito abarca os fatos de que cuidam os presentes autos, em vista da *evidente consunção dos crimes de peculato e furto*;

No mérito, pugna pela absolvição, aduzindo fragilidade do conjunto probatório no tocante a autoria. Subsidiariamente, em relação à dosimetria de ambos os corréus, pretende a redução das penas aos mínimos legais a teor da Súmula n. 444 do STJ, aduz que o montante do prejuízo causado não pode ser fundamento para exasperação da pena-base concomitantemente à incidência da causa de aumento decorrente da continuidade delitiva, bem como destaca a desproporcionalidade entre as penas de multas fixadas e penas privativas de liberdade. Em relação a ALEXANDRE pretende, também, a fixação de regime inicial aberto de cumprimento de pena e a substituição de pena do artigo 44 do CP.

Em razões recursais de fls. 737/739-v, a Defesa de DENIS DOS SANTOS PIERRI, igualmente, pretende a absolvição, nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, alegando, em suma, ser injusta a condenação pois sustentada em deduções das testemunhas policiais.

Contrarrazões da acusação às fls. 708/716 e fls. 741/743.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra da Dra. Geise de Assis Rodrigues de fls. 781-786, opinou pelo desprovimento dos recursos.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Narra a denúncia que os acusados, após o extravio dos envelopes contendo cartões bancários das dependências Centro de Distribuição Domiciliar de Vila Carrão da Empresa

Brasileira de Correios e Telégrafos (CORREIOS), de posse da qualificação dos titulares desses cartões, realizavam o desbloqueio dos mesmos junto à instituição financeira emitente, por meio de ligação telefônica e passavam a utilizar tais cartões para compras, pagamentos, saques e transferências.

CAIO CÉSAR VICENTE, ALEXANDRE SALDANHA DE OLIVEIRA (vulgo "BAIANO") e DENIS DOS SANTOS PIERRE (conhecido como PIERRE) foram denunciados como incursos no artigo 155, §4º, II do CP, os dois últimos em concurso de agentes e continuidade delitiva.

Os fatos foram apurados quando procedida interceptação telefônica autorizada nos autos nº 0000806.14.2011.4.03.6181 (Operação Crédito Fácil - áudios e transcrições me mídia digital acostada à fl. 377), na qual se verificou a existência de, no mínimo, três quadrilhas, independentes, dedicadas ao desvio cartões bancários dos CORREIOS e à clonagem de cartões, uma delas composta pelos denunciados.

Quanto à formação de quadrilha e peculato os acusados restaram denunciados e condenados nos autos n. 0012918-15.2011.403.6181.

Após instrução, nesses autos, sobreveio sentença de fls. 676/686, da lavra da MMª Juíza Federal Substituta Andreia Silva Sarney Costa Moruzzi, publicada em 05/02/2015 (fl. 687), que ensejou a interposição dos presentes recursos, os quais passo a examinar.

Inicio com as *preliminares* arguidas.

Da nulidade do processo - ilegalidade das provas decorrente da violação do sigilo telefônico (aplicação da teoria "fruits of poison tree")

Alega a Defesa de CAIO CÉSAR e ALEXANDRE SALDANHA a nulidade das provas que basearam o decreto condenatório, pois derivadas de interceptação telefônica eivada de vício insanável decorrente de indevida autorização e sucessivas e abusivas prorrogações, em desconformidade com a Lei n º 9.296/96.

Inicialmente, destaco que o artigo 3º da Lei 9.296/96 dispõe que a interceptação telefônica poderá ser determinada pelo Juiz no curso da investigação criminal (fase extraprocessual) e/ou durante a instrução processual penal (fase processual).

In casu, a interceptação telefônica foi deferida (Autos de interceptação Telefônica n. 0000806-14.2011.403.6181 - mídia digital à fl. 534) e prorrogada por autoridade judicial competente, por meio de decisões devidamente motivadas e pautadas no artigo 2º da Lei nº 9.296/96, indicando a existência de *fumus boni juris* e *periculum in mora* para a decretação da medida.

A pertinência e relevância da interceptação revelaram-se em indícios veementes acerca da existência de associações criminosas atuantes nos Centros de Triagem de Encomendas da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, localizados nesta cidade de São Paulo.

Como bem anotou o Ministério Público Federal em contrarrazões (fl. 709), a referida interceptação telefônica foi precedida de inquérito policial subsidiado por informações fornecidas pelas instituições financeiras, mostrando-se o meio adequado para apuração dos fatos diante do modus operandi dos acusados.

Ademais, as interceptações telefônicas não embasaram exclusivamente o decreto condenatório, havendo nos autos outros elementos probatórios da prática da conduta, que serão apreciados por ocasião da análise do mérito.

Nesta esteira, observo, ainda, que a Lei nº 9.296/96 não delimita prazo máximo para a vigência da interceptação.

Conforme já me manifestei nos autos das ações penais conexas n. 0012921-67.2011.4.03.6181/SP e 0012918-15.2011.4.03.6181, a jurisprudência dos Tribunais Superiores é assente no sentido de que, comprovada a indispensabilidade do meio de prova (na dicção do próprio artigo 5º da Lei nº 9.296/96), é possível a renovação da interceptação telefônica (STJ - RHC 38.566/ES, Rel. Ministro Ericson Maranho - Desembargador Convocado do TJ/SP- Sexta Turma, julgado em 19/11/2015, DJe 07/12/2015; STF - HC 106225, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ acórdão: Min. Luiz Fux, primeira turma, julgado em 07/02/2012, processo eletrônico dje-059 divulg 21-03-2012 public 22-03-2012).

No presente caso, como nos conexos suprarreferidos, considerando a complexidade e número de pessoas envolvidas, tem-se que a interceptação perdurou pelo tempo necessário para a elucidação da trama criminosa em toda sua extensão, inexistindo qualquer vício.

Deste modo, não há que se falar em ilicitude das provas por derivação, como pretende a Defesa, uma vez que as prorrogações das interceptações telefônicas foram devidamente autorizadas e justificadas (autos de interceptação telefônica n.0000806-14.2011.403.6181 - mídia digital acostada à fl. 534), em estrita observância aos ditames legais e, por conseguinte, as provas que dela decorreram possuem aptidão para embasar o decreto condenatório.

Da nulidade pela não observância do princípio ne bis in idem decorrente da condenação concomitante pela prática dos delitos de peculato nos autos da ação penal n. 0012918-15.2011.403.6181 e furto mediante fraude

Alega a Defesa de CAIO CÉSAR VICENTE e ALEXANDRE SALDANHA DE OLIVIERA que os réus não poderiam ter sido condenados, concomitantemente, por peculato (artigo 312, §1º, do Código Penal) nos autos da ação penal n. 0012918-15.2011.403.6181(sentença em cópia às fls. 50/196) e por furto qualificado (artigo 155, §4º, II, do Código Penal) devendo, *in casu*, ser aplicado o princípio da consunção, pois o primeiro delito visava ao furto de valores por meios de cartões subtraídos dos Correios.

Contudo, da simples leitura da denúncia, infere-se que a ambos os apelantes foram imputadas condutas distintas: a participação em associação criminosa dedicada à subtração, desbloqueio, compra e venda dos mesmos, à realização de operações fraudulentas com cartões bancários desviados das dependências da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (fatos de que cuidam os autos n. 0012918-15.2011.403.6181) e a participação no extravio dos próprios cartões bancários, bem como a subtração de valores com a utilização indevida dos destes, em prejuízo da instituição financeira emissora dos cartões e detentora das contas correntes sacadas.

Note-se que na própria denúncia a acusação destaca que: (...) Os acusados foram denunciados e condenados nos autos de n. 0012918-15.2011.403.6181 pelos crimes de quadrilha e peculato (docs. 01 e 02). Todavia, tendo em vista que à época da denúncia, não havia provas da materialidade dos furtos bancários realizados pelos acusados CAIO, ALEXANDRE e DENIS, estes não foram denunciados pelo crime previsto no art. 155, §4º, inc. II, do CP.(...)

Portanto, conforme já referido nos autos n.0012921-67.2011.403.6181, não se trata de conduta única, nem da ocorrência de um crime meio e um crime fim a ensejar a condenação por um único delito, com a aplicação do princípio da consunção, como pretende a Defesa.

Deste modo, como já consignado quando do julgamento da ação penal conexa suprarreferida, a condenação pelos dois delitos, vale dizer, peculato (pela subtração de correspondência nas dependências da EBCT nos autos n. 0012921-67.2011.403.6181) e furto mediante fraude (pela subtração de ativos decorrente do uso indevido de cartões bancários desviados), porquanto autônomos e distintos, atingindo bens jurídicos diversos, não consiste a alegada dupla incriminação.

Preliminares afastadas.

Do mérito

A *materialidade* dos delitos de furto qualificado mediante fraude - artigo 155, §4º, II, do Código Penal - imputados aos acusados restou demonstrada pelos seguintes elementos de provas:

- Ofício n. 458/2012 do Banco Santander comunicando as contestações de operações bancárias fraudulentas na conta dos titulares: a) Marcos Vinicius Ponce no valor total de R$ 35.350,00 (trinta e cinco mil, trezentos e cinquenta reais), incluindo TED de R$ 10.000,00 enviada em favor de DENIS DOS SANTOS PIERRI em 26/05/2011; b) Luis Fernandes Santos Pessoa no valor de R$ 2.000,00, por meio do cartão 5021213199246433, não recebido e ativado pela Super Linha - fls. 362/363;

- Ofício n. 16932012 do Banco Santander comunicando as contestações de operações bancárias fraudulentas na conta da titular Angélica Nishida no valor de R$ 18.449,52 (dezoito mil, quatrocentos e quarenta e nove reais e cinquenta e dois centavos) e operação de empréstimo via cartão de crédito no valor de r4 30.000,00 (trinta mil reais) efetuada em 10/06/2011 - fls. 368/369;

- Autos de Interceptação Telefônica n. 0000806-14.2011.403.6181 - mídia de fl. 534;

- Autos de Apreensão de fls. 1.209/1.211, fls. 1.362/1.367 dos Autos do Inquérito Policial n. 0000797-52.2011.403.6181 (mídia de fl. 634), os quais registram que, nas residências de CAIO CÉSAR VICENTE e DENIS DOS SANTOS PIERRE foram encontrados inúmeros cartões bancários em nome de terceiros;

- Áudios e respectivas transcrições (n. 0000806-14.2011.403.6181) - mídias digitais acostadas à fl. 377.

Da autoria e da culpabilidade

1.CAIO CÉSAR VICENTE

A denúncia atribui a CAIO CÉSAR VICENTE a subtração mediante fraude de R$ 2.000,00 da conta corrente de Luiz Fernando Sanches Pessoa (registrado na denúncia erroneamente como Luis Fernando "Santos" Pessoa), pertencente ao Banco Santander. Descreve a denúncia:

> (...) Assim, no dia 20/05/2011, às 19:00h, CAIO de posse do cartão bancário em nome de Luis Fernando dos "Santos" Pessoa (CPF n. 272.749.118-21) telefonou ao banco Santander e, passando-se pelo cliente Luiz Fernando "Santos" Pessoa, tentou obter a senha do cartão que tinha em mãos, todavia, a senha não foi liberada diante da divergência dos dados pessoais apresentados por CAIO com aqueles cadastrados no banco (fl. 1.188 do AC n. 07/2011, constante dos autos de n. 0000806-142011.403.6181, doc . 03). O acusado então buscou novos dados pessoais do titular e , em 24/05/2011, às 21:44:30h., telefonou novamente ao banco Santander e, desta vez, conseguiu ouvir a senha e chave de segurança do cartão n. 5021 2131 9924 6433 em nome da vítima (fl. 1189 do Ac n. 07/2011, doc. 03) .
> Conforme informado pelo banco Santander (doc. 04, o cartão acima referido foi utilizado para realizar um transferência não reconhecida pelo seu titular, de R$ 2.000,00 (dois mil reais), efetivada no dia 25/05/2011, ou seja, um dia após CAIO obter a senha e a chave de segurança do cartão.(...)

Extrajudicialmente (fls. 1.213/1.221 - Inquérito Policial n. 0000797-52.2011.403.6181 - mídia de fl. 634), CAIO CÉSAR confessa que realizava compras via internet com dados de cartões bancários adquiridos de terceiros e revelou ainda que "quando comecei a fazer isso

aí, eu deitava e ficava com a cabeça pesada, tipo consciência pesada, imaginando se a pessoa fosse prejudicada. Quando descobri que o banco extornava o cliente, eu não tive remorso de fazer, porque eu soube que o cliente , no caso o dono do cartão não era prejudicado.

Admite, também, que adquiria cartões do banco Santander de RENATA FERREIRA DE ARAÚJO, ex-esposa de um carteiro (processada nos autos n. 0012918-15.2011.403.6181), pelo valor de R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) cada, cujas senhas eram obtidas por um de seus comparsas chamado ADRIANO. Revela, que, em momento posterior, aprendeu a trabalhar sozinho com as assinaturas eletrônicas dos clientes dos bancos, obtidas também através do desvio de correspondências dos Correios e ainda:

> (...) Neste meio tempo o interrogando aprendeu a fazer pagamentos de contas de telefone Nextel, que é o que Lopes fazia, cobrando 50% do valor. Adriano dizia ao interrogando que ele tinha contatos no banco Santander e nas empresas de telefonia Oi, Tim, Vivo e Claro pra viabilizar as fraudes. Questionado acerca dos motivos pelo qual os funcionários destas operadoras de telefonia eram necessários para viabilizá-las, respondeu o que segue: a carta endereçada pelo Santander ao cliente continha assinatura eletrônica, que vem a ser a senha de seis dígitos. Para efetuar as transferências, também era necessária uma senha de saque de quatro dígitos. Para obter a "senha de saque", o cliente deveria telefonar ao banco e informar a assinatura eletrônica. Ocorre que para liberar a senha de saque, o cliente deveria ligar para o banco do telefone que consta no seu cadastro junto à instituição. Adriano dizia que os funcionários das operadoras de telefonia eram necessários para burlar esta medida de segurança. Adriano chegou a mencionar que havia um funcionário da empresa telefônica que subia no poste próximo à residência do cliente e, de lá do poste, telefonava para o banco Santander do número de telefone do cliente, passando-se por ele para obter a senha de saque. Com relação ao funcionário do Santander que Adriano dizia conhecer, sua função era fornecer os dados dos clientes como CPF, RG e número do telefone que constava no cadastro. Questionado novamente acerca dos cartões de crédito em nome de terceiros que foram apreendidos em sua residência e que no momento da busca disse tê-los encontrado na rua, respondeu que na ocasião mentiu pois estava assutado. Quer mudar sua versão e dizer que dos dezesseis cartões do banco Santander encontrados em sua residência, metade adquiriu de Renata e metade de ADRIANO. (...) já utilizou contas bancárias de terceiros sem que eles soubessem, mas jamais permitiu que terceiros utilizassem suas contas bancárias (...) ALEXANDRE SALDANHA DE OLIVEIRA (BAIANO) mora perto da casa do Douglas, também mexe com cartão (...) DENIS DOS SANTOS PIERRI CONHECE mora em Tiradentes, também mexe com cartão na região de Santo André (...)

Em Juízo, CAIO CÉSAR VICENTE (mídia fl. 629) perguntado especificamente pelo delito de furto qualificado descrito na denúncia, negou ter feito a transferência de R$ 2.000,00 (dois mil reais).

De outro turno, admitiu que comprava cartões de terceiros e que os utilizava, apenas, para saques em caixas eletrônicos, sempre no valor do limite diário de R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais). Confessou que obtinha as senhas ligando para o atendimento eletrônico do Santander passando-se pelo titular do cartão e informou que os dados pessoais eram obtidos pela internet, via consulta no site do SERASA.

Declarou, ainda, que conhecia apenas o corréu ALEXANDRE SALDANHA desde a época da escola e negou a participação deste nas fraudes perpetradas.

Contudo, diálogos interceptados demonstram que CAIO CÉSAR, ao contrário do que alega, participou da utilização do cartão pertencente a Luis Fernando para realização da transferência citada na inicial ocorrida no dia 25/05/2011.

Entre os dias 20 e 24/05/2011, CAIO liga diversas vezes para o atendimento telefônico do Banco Santander com intuito de obter a senha do cartão. Entre tais ligações, conversa com um de seus comparsas, ADRIANO, e relata a dificuldade na obtenção das senhas, pedindo para que aquele também obtenha dados como local de nascimento e nome do pai do titular daquele cartão.

Ainda no dia 24/05/2011, CAIO obtém e fornece a ADRIANO a senha do cartão e as letras (código de segurança). ADRIANO, já em um caixa eletrônico, informa a CAIO que não há a letra "T" como opção e pede para que CAIO confirme junto ao banco, novamente, o código de segurança e, ainda, solicita que CAIO vá até ele, que se encontra no "Extra", local que possui caixas eletrônicos do banco Santander (informação alcançada da oitiva dos áudios interceptados).

A confirmação das letras é feita às 21:44:30.

Confiram-se:

> *Diálogo entre CAIO - 20/05/2011 - 19:02:21 - (mídia digital de fl. 377 - Vol. I):*
> Aldo - Aldo, boa noite, com quem eu falo? Caio - Boa noite. Fala com Luiz. Aldo - Sr. Luiz, em que posso ajudá-lo? Caio - Gostaria de estar ouvindo a senha do meu cartão? Aldo - Só um momento, por favor. Nome completo, por gentileza, Sr. Luiz. Caio - Luiz Fernando Sanches Pessoa. Aldo - Nome da senhora sua mãe?(...) Caio - Gilda Sanches Pessoa.(...) Dados Pessoa Fisica Nome: LUIS FERNANDO SANCHES PESSOACPF: 27274911821 Data Nasc.: 19/10/1978Mãe: GILDA SANCHES PESSOA Titulo de Eleitor: 269378840175 Sexo: Masculino Ano de Obito: 0Unidade Administrativa: SAO PAULO Situacao Cadastral: Regular Endereço: R VISCONDE DE BALSEMAO 191 APTO. 42-A VILA MAFRA CEP 3414080 SAO PAULO – SP Aldo - Ao efetivar a confirmação dos seus dados cadastrais, surgiram diferenças entre o sistema e os dados cadastrais já efetivados.
> *Diálogo entre CAIO x SANTANDER - 20/05/2011 - 19:35:42 - (mídia digital de fl. 377 - Vol. I):*
> Nova tentativa de obter a senha de Luis, mas diz que não tem o RG em mãos e não consegue obter a senha.
> *Diálogo entre CAIO x SANTANDER - 20/05/2011 - 19:40:17- (mídia digital de fl. 377 - Vol. I):*
> Nova tentativa de obter a senha de Luis. Não consegue responder à pergunta sobre o nome do pai.
> *Diálogo entre CAIO x SANTANDER - 20/05/2011 - 19:44:22- (mídia digital de fl. 377 - Vol. I):*
> Nova tentativa de obter a senha de Luis. Novamente não consegue responder à pergunta sobre o nome do pai.
> *Diálogo entre CAIO x SANTANDER - 24/05/2011 - 20:17:29 - (mídia digital de fl. 377 - Vol. I):*
> Nova tentativa de obter a senha de Luis. Não consegue responder à pergunta sobre idade.
> *Diálogo entre CAIO x ADRIANO - 24/05/2011 - 21:13:06 - (mídia digital de fl. 377 - Vol. I):*
> Adriano - Fala aí. Caio - Você quer só o que? Só a senha? Adriano - Luiz, Luiz, e a letra, né. Caio - Espera aí. É 9503, JHT.Adriano - JHT? Caio - É. Adriano - 9503? Esa é do Luiz, né? Falou. Tchau. Caio - Falou.
> *Diálogo entre CAIO x ADRIANO - 24/05/2011 - 21:22:46 - (mídia digital de fl. 377 - Vol. I):*
> caio anotou cpf errado adriano diz que não aparece letra t no caixa - senha jht.
> Adriano fala para ligar novamente e pegar a letra. Adriano pede para Caio ir até o extra.
> *Diálogo entre CAIO X SANTANDER - 24/05/2011 - 21:44:30 - (mídia digital de fl. 377 - Vol. I):*
> CAIO SE FAZ PASSAR POR LUIZ PARA OBTER SENHA E CHAVE DE SEGURANÇA DO CARTÃO FINAL 6433 Beatriz - Beatriz, boa noite. Com quem eu falo, por gentileza? Caio - Boa noite, Beatriz. Luiz. Beatriz - Posso ajudar, Sr. Luiz? Caio - Gostaria de estar solicitando a senha do meu cartão. Beatriz - Só um momento. Sr. Luiz, eu vou confirmar alguns dados com o senhor. Tudo bem? Caio - Tudo bem. Beatriz - Cidade de nascimento? Caio - Não entendi. Beatriz - A sua cidade de nascimento? Caio - São Paulo. Beatriz - Endereço residencial.

> Caio - Visconde de Balsemão, Vila Mata. Beatriz - Nome completo do seu pai? Caio - Antônio Leitão Pessoa. Beatriz - Qual a data de nascimento? Caio - 19/10/78. Beatriz - Sr. Luiz, só um momento que eu vou transferir o senhor para o atendimento eletrônico para o senhor ouvir sua senha. Tudo bem? Caio - Obrigado. Tenha uma boa noite. Beatriz - Obrigado. Igualmente. senha 9503 para o cartão final 6433 chave de segurança JHT para o cartão final 6433

Cumpre observar que, conquanto CAIO CÉSAR alegue que não realizou a transferência da conta corrente para poupança com a utilização do cartão 5021213199246433, das interceptações supratranscritas infere-se, no mínimo, que o referido corréu viabilizou a fraude obtendo e desbloqueando as senhas necessárias à operação bancária em questão.

A testemunha Luis Fernando Sanches Pessoa (mídia fl. 629) confirmou a ocorrência de uma transferência fraudulenta no valor de R$ 2.000,00 em sua conta bancária.

As testemunhas de defesa do réu CAIO, José Cândido Silva e José Villa Carrasco, nada acrescentaram sobre os fatos (mídia fl. 629).

Desta feita, tais provas somadas às demais produzidas durante a instrução, dentre elas as declarações da agente da policial federal Laura Yumi Miyakawa (mídia fl. 556), bem como às próprias declarações do réu confirmam a imputação da prática do delito de furto qualificado, ao contrário do que pretende a defesa.

Deste modo, mantenho a condenação de CAIO CÉSAR VICENTE pela prática do delito capitulado no artigo 155, §4º, II, do Código Penal.

2.ALEXANDRE SALDANHA DE OLIVEIRA (vulgo BAIANO)

A acusação atribui a ALEXANDRE SALDANHA a realização de diversas operações bancárias em detrimento do Banco Santander na conta corrente de titularidade de Marcus Vinicius Ponce, entre os dias 25 e 26/05/2011, no montante total de R$ 35.350,00 (trinta e cinco mil, trezentos e cinquenta reais), incluindo uma transferência eletrônica disponível (TED) em favor do codenunciado DENIS DOS SANTOS PIERRE, que será tratada, também, quando da análise da conduta deste último, na sequência.

Conquanto ALEXANDRE SALDANHA tenha negado os fatos que lhe foram imputados, assim como não admitir possuir o apelido de "BAIANO" e conhecer os demais denunciados, tanto na fase inquisitória (fls. 1.014/1.022 dos autos do inquérito n. 0000797-52.2011.403.6181 - mídia de fl. 634 - vol. V), quanto judicialmente (mídia fl. 629), as provas coligidas esvaziam a versão do apelante.

Inúmeros são os diálogos interceptados, no quais ALEXANDRE SALDANHA se faz passar pelo cliente bancário Marcus Vinicius Ponce. Há registro, inclusive de ligação feita ao próprio cliente, no qual o réu ALEXANDRE se faz passar por funcionário da área de segurança da instituição para obter a senha do mesmo (diálogos ocorridos em 25/5/201 às 18:09:16 e às 18:18:53 - mídia digital fl. 377 - volume 5) .

Em 25/05/2011, às 18:21:45, há ligação do telefone de ALEXANDRE SALDANHA (BAIANO) para o banco Santander na qual ocorrem consulta de saldo e desbloqueio da senha da internet. Nas ligações seguintes, ALEXANDRE e comparsas conversam sobre saques e pagamentos realizados com a fraude, incluindo diálogo com o codenunciado DENIS PIERRE (19:07:40 - mídia digital de fl. 377 - Vol. 5), no qual tratam sobre os valores "arrancados" e DENIS pede para que ALEXANDRE vá até ele para poder abastecer o carro.

Em 26/05/2011, dia em que transferido da conta de Marcus Vinicius Ponce para a conta de DENIS PIERRE o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), vários são os contatos entre ALE-

XANDRE SALDANHA e DENIS a respeito de transferências, pagamentos de cartões e "tripas". Em uma das ligações, ALEXANDRE cobra DENIS e informa que os outros comparsas estão com as "tripas" (trilhas de cartões contendo dados bancários) nas mãos e ressalva que "não adianta pegar qualquer tripa se não bloqueia" (mídia digital de fl. 377 - Vol. 5).

Laura Yumi Miyakawa, policial federal que participou do procedimento de interceptação telefônica, em Juízo (mídia fl. 556), embora não se recordasse de cada uma das fraudes descritas na inicial, pois inúmeras as praticadas, esclareceu que ALEXANDRE SALDANHA, tratado nas conversas pelo apelido de BAIANO, atuava, a exemplo de CAIO, principalmente, desbloqueando os cartões desviados dos CORREIOS, via telefone, passando-se pelo verdadeiro titular e, também, adquiria trilhas de cartões de funcionários de telemarketing e realizava inúmeras operações fraudulentas.

Ressalto, ainda, que a provas acima referidas, submetidas ao crivo do contraditório, corroboram as declarações do corréu CAIO CÉSAR VICENTE prestadas à autoridade policial (fls. 1.218 - Inquérito Policial n. 0000797-52.2011.403.6181 - mídia de fl. 634), oportunidade em que ALEXANDRE SALDANHA é, pelo primeiro, considerado um contato frequente e amigo, bem como um parceiro antigo na prática de fraudes e, também, conhecido pelo apelido de "BAIANO", amigo de "PIERRE" (*DENIS DOS SANTOS PIERRE*), e, ainda, um dos responsáveis por efetuar "saques" nas contas correntes.

Portanto, entendo que restou fartamente comprovada a autoria de ALEXANDRE SALDANHA no delito do 155, §4º, II, c.c artigo 71, ambos do Código Penal.

3.DENIS DOS SANTOS PIERRE

O Ministério Público Federal imputa a DENIS DOS SANTOS PIERRE participação no furto qualificado envolvendo a conta corrente de Marcos Vinicius Ponce realizado por ALEXANDRE SALDANHA, em razão do recebimento do valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) e, ainda, a efetivação de dez operações fraudulentas envolvendo a conta corrente de Angélica Nishida, em 10/06/2011, consistentes em transferências, saques e pagamentos de IPVA, acarretando um prejuízo de R$ 18.449,52 (dezoito mil, quatrocentos e quarenta e nove reais e cinquenta e dois centavos).

Não há dúvida em relação à autoria de DENIS DOS SANTOS PIERRE.

Na fase inquisitiva, interrogado (fls. 1.369/1.371 - Inquérito Policial n. 0000797-52.2011.403.6181 - mídia de fl. 634), negou conhecer os demais codenunciados e informou que: apenas atuava na clonagem de cartões de créditos; conseguia os dados dos titulares dos cartões por meio de maquinário instalado em caixas eletrônicos e somente utilizava cartões clonados para fazer compras e saques.

Em Juízo (mídia fl. 629), negou os fatos narrados na denúncia e manteve a versão apresentada extrajudicialmente de que não conhecia os demais réus, que não obteve cartões desviados dos CORREIOS, bem como que não fazia transações envolvendo contas correntes. Admitiu, entretanto, que obtinha "trilhas" de cartões de crédito e que, somente, realizava compras via internet para suprir necessidades de seu filho menor.

Negou, também, ter recebido de ALEXANDRE SALDANHA a quantia de R$10.000,00 (dez mil reais) em sua conta corrente.

Mais uma vez, as provas coligidas esvaziam a versão do réu.

Além dos diálogos referidos no item anterior, que desmentem a versão de DENIS PIERRE de que sequer conhecia os demais denunciados, outros demonstram, de maneira inequívoca, que DENIS PIERRE se fazia passar pelo titular do cartão para obter senhas junto às institui-

ções financeiras e realizava operações bancárias em contas correntes por meio da internet e outros meios.

No diálogo interceptado em 23/05/2011, às 13:09:55, DENIS, imitando uma voz feminina, obtêm junto ao banco Santander a senha do cartão de Angélica Nishida, a qual teve sua conta corrente saqueada em 10/06/2011:

> *Diálogo entre CAIO X SANTANDER - 23/05/2011 - 13:09:55- (mídia digital de fl. 377 - Vol. 3):* Atendente: Diana Hayana, boa tarde. Em que posso ajudar? Pierre: Boa tarde. Quero ouvir minha senha. Atendente: Nome Completo? Pierre: Angelica Nishida Atendente: Senhora Angelica eu vou confirmar alguns dados com a senhora, tudo bem? Pierre: Pois não. Atendente: Seu endereço? Pierre: Rua 15 de novembro, 1430 casa 7 Atendente: Nome da sua mãe? Pierre: Mioco Nishida Atendente: Nome do seu pai? Pierre: (inaudível) Atendente: Obrigada pelas confirmações senhora Angelica... já vou transferir pra senhora ouvir as senhas tá?!Pierre: Tá ok. Atendimento eletrônico: "O atendimento eletrônico informou que a senha é 2921 e chave de segurança é IHG para o cartão final número 8162".

Às 13:41:39, do mesmo dia, DENIS PIERRE, utilizando o telefone celular de ALEXANDRE SALDANHA (1181385749 - mídia digital de fl. 377), finge ser funcionário "Central de Segurança do Banco Santander" e conversa com a titular do cartão, Angélica Nishida, solicitando a confirmação de algumas transações na sua conta corrente, ao argumento de que a chave de acesso foi bloqueada, para demonstrar credibilidade. DENIS PIERRE pede para Angélica confirmar o numero do RG, nome do pai e oferece o cadastramento de assinatura da conta eletrônica. Pergunta, ainda, se ela está com o "cartão on line de segurança" e solicita, na sequência, a "posição do numero quarenta e três", o que é informado pela cliente do banco "3365", obtendo êxito.

A sequência de diálogos posteriores às ligações supratranscritas, revelam, seguramente, ao contrário do quanto alegado pelo réu em interrogatório, que DENIS efetuava operações bancárias diretamente em contas correntes.

No diálogo de 23/05/2011, às 13:53:45, DENIS liga para um comparsa (WILLIAM) e pede um outro número de conta para realizar transferências, informando que já fez quatro transferências e revela que não pode "fechar a tela senão vai pedir outra chave". Minutos depois, às 13:58:44, DENIS fala com ALEXANDRE SALDANHA (BAIANO) para que esse efetue o saque com urgência alegando que a senha já bloqueou.

Em 25/05/2011, 15:45:07, DENIS informa a um comparsa que já transferiu R$ 2.000,00 reais pra conta corrente em nome da "Maria Falcão" e mais R$ 2.000,00 para "Weidson" e informa que a conta de "Maria de Lourdes" está encerrada e que "pode jogar fora".

No dia 30/05/2011, às 18:57:18, DENIS pergunta se BAIANO já efetivou os saques, o qual confirma e combinam de se encontrar.

As declarações da policial federal, Laura Yumi Miyakawa, corroboram as demais provas coligidas (mídia fl. 556). Laura ressaltou que DENIS fazia um trabalho como se fosse do setor de segurança e com um programa comprado pela quadrilha utilizava as senhas digitadas pelos clientes.

Quanto ao ponto, cumpre anotar que a jurisprudência pátria, mormente do Colendo Superior Tribunal de Justiça, é assente no sentido de que os depoimentos de policiais detêm elevado valor probatório e constituem prova idônea, portanto, aptos à formação da convicção do juiz.

Por oportuno, transcrevo julgado seguinte:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS. LEI N. 11.343/2006. 6,9 G DE CRACK. POLICIAIS . TESTEMUNHO SUFICIENTE PARA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REDUÇÃO DA PENA.
RÉU QUE PREENCHE TODAS AS CONDIÇÕES PREVISTAS EM LEI: PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES, NÃO SE DEDICA A ATIVIDADE ILÍCITA E NÃO INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. LEGALIDADE. REDUÇÃO DE PENA EM 1/6 EM DECORRÊNCIA DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA. REGIME INICIAL DE PENA DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DE PENA.
IMPOSSIBILIDADE. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. ÓRGÃO COMPETENTE PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. SÚMULA 7/STJ.
1. Este Superior Tribunal possui entendimento pacífico no sentido de que o depoimento de policiais constitui meio de prova idôneo a dar azo à condenação, principalmente quando corroborada em juízo, circunstância que afasta a alegação de sua nulidade.
2. Diante da convicção a que chegou a instância ordinária decorrida da análise do conjunto fático- probatório do caso concreto, o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do mencionado suporte, impedindo a admissibilidade do especial ante o óbice contido na Súmula 7/STJ.
(...)
(AgRg no REsp 1552938/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015)

In casu, o testemunho da policial está em consonância com todos os demais elementos de prova coligidos, inexistindo razão para desqualificá-lo.

Note-se, ainda, que o mesmo *modus operandi* foi utilizado para a fraude envolvendo a conta de Marcus Vinicius Ponce.

Em Juízo, Angélica Nishida (mídia fl. 577), disse que percebeu a fraude ao consultar sua conta corrente e observar inúmeros débitos de IPVA, saques e empréstimos, sendo que o valor foi totalmente ressarcido pelo banco.

Deste modo, entendo configurados os delitos de furto por parte de DENIS DOS SANTOS PIERRE, uma vez que este recebeu parte do valor retirado da conta corrente de Marcus Vinicius Ponce e obteve as senhas da conta corrente e cartão de Angélica Nishida no intuito de realizar operações fraudulentas, o que se consumou posteriormente, sendo inafastável sua responsabilidade, razão pela qual mantenho o respectivo decreto condenatório.

Da dosimetria

CAIO CÉSAR VICENTE

A Defesa de CAIO CÉSAR VICENTE pretende a redução da pena ao mínimo legal a teor da Súmula n. 444 do STJ e aduz que o montante do prejuízo causado não pode ser fundamento para exasperação da pena-base concomitantemente à incidência da causa de aumento decorrente da continuidade delitiva. Por fim, alega desproporcionalidade entre as penas de multas fixadas e penas privativas de liberdade.

Na primeira fase de fixação da reprimenda, verifico que houve valoração negativa dos antecedentes criminais em afronta a orientação da Súmula n. 444 do Superior Tribunal de Justiça diante da inexistência de condenação com trânsito em julgado nos autos n. 012918-15.2011.4.03.6181 (fls. 402/404).

Entendo, outrossim, que o montante do prejuízo causado individualmente por CAIO, neste caso, R$ 2.000,00 (dois mil reais), não é apto a ensejar recrudescimento da pena-base.

Assim, subsistente, apenas a culpabilidade acentuada, diminuo a pena-base de 03 (três) anos de reclusão para de 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão.

Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como causas de aumento e diminuição, a pena definitiva resulta em *02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão.*

No que concerne à pena de multa, aplico o mesmo critério de cálculo da pena privativa de liberdade e, por conseguinte, reduzo-a para *11 (onze) dias multas*, mantido o valor unitário do dia-multa no mínimo legal.

Por fim, mantenho o regime inicial de desconto de pena no aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, nos moldes fixados na sentença: prestação de serviços à comunidade, nos termos do artigo 46, §§3º e 4º do CP e prestação pecuniária equivalente a 02 (dois) salários mínimos, que reverto, de ofício, em favor do banco Santander (vítima).

2. ALEXANDRE SALDANHA DE OLIVEIRA

Em razões de apelo, a Defesa sustenta que: a pena deve ser reduzida ao mínimo legal, a teor da Súmula n. 444 do STJ; o montante do prejuízo causado não pode ser fundamento para exasperação da pena base concomitantemente à incidência da causa de aumento decorrente da continuidade delitiva; há desproporcionalidade entre as penas de multas fixadas e penas privativas de liberdade; são cabíveis a fixação de regime inicial aberto de cumprimento de pena e a substituição do artigo 44 do CP.

Vejamos.

A pena-base foi estabelecida na sentença acima do mínimo legal, em 03 (três) anos de reclusão, considerando a magistrada *a quo* a culpabilidade acentuada e desfavoráveis: os antecedentes, a conduta social, personalidade e graves as consequências do delito.

A conduta reprovável, a personalidade vocacionada para prática delitiva e os maus antecedentes sem condenação definitiva devem ser afastadas à luz da Súmula n. 444 do Superior Tribunal de Justiça (fls. 409/415).

De outro turno, entendo que o prejuízo causado por ALEXANDRE, no valor de R$ 35.500,00 (trinta e cinco mil reais) é apto a ensejar a fixação da pena-base além do mínimo legal, diante das consequências do crime.

Assim, reduzo ligeiramente a pena-base para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, na terceira fase, incide a causa de aumento referente à continuidade delitiva frente à sucessão de condutas criminosas (12 operações fraudulentas), o que não guarda identidade com o montante total furtado, vez que uma só ação poderia resultar neste valor, inexistindo, assim, dupla valoração caracterizadora de *bis in idem*.

Deste modo, mantenho a fração de aumento referente à continuidade delitiva em 1/6 (um sexto) o que resulta na pena definitiva de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão.

Redimensiono a pena de multa para 14 (quatorze) dias multa, aplicando critério idêntico ao utilizado para o cálculo da pena restritiva de direitos, mantido o valor unitário mínimo legal.

Fica mantido o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do artigo 33, §2º, "c" e §3º do CP.

Diante da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, nos termos do art. 44, §3º, do CP.

3. DENIS DOS SANTOS PIERRE

Verifico que a magistrada *a quo* fixou a pena de 02 (dois) e 06 (seis) meses de reclusão

e pagamento de 30 dias-multa pela "participação no crime de furto qualificado perpetrado pelo réu ALEXANDRE" e fixou a pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 75 (setenta e cinco) dias multa para os crimes de furto qualificado de sua autoria em continuidade delitiva.

Por primeiro, anoto que ao considerar DENIS partícipe do delito perpetrado por ALEXANDRE criou a situação mais desfavorável do que se DENIS fosse considerado coautor do delito daquele.

Isso porque, a pena decorrente da sua participação teve que ser necessariamente somada, enquanto se fosse considerado como coautor poderia ter sido tal delito incluído na série de delitos continuados.

Por considerar a última hipótese a mais adequada, a participação efetiva de DENIS no furto de R$ 10.000,00 (dez) mil reais subtraídos por ALEXANDRE SALDANHA da conta corrente de Marcus Vinicius Ponce será acrescida à série de condutas delitivas cometidas pelo réu DENIS, pois entendo que atuou como coautor e no mesmo contexto fático, o que o beneficia.

Posto isso, passo a análise da dosimetria da pena deste réu, embora não tenha sido específico objeto de recurso.

A pena-base foi estabelecida na sentença acima do mínimo legal, em 03 (três) anos de reclusão, considerando a magistrada *a quo* desfavoráveis as circunstâncias judiciais referentes à culpabilidade, maus antecedentes, conduta social, personalidade e consequências do crime.

À identidade das considerações dispensada ao corréu ALEXANDRE, o montante do prejuízo a ele atribuído (R$ 18.449,52 referente à conta de Angélica Nishida e R$ 10.000,00 subtraídos da conta de Marcus Vinicius Ponce) e em vista da inexistência condenações definitivas anteriores (fls.416/418 - Súmula n. 444 do STJ), cumpre reduzir a pena-base para 02 (dois) anos e 06 (seis) de reclusão.

Na segunda fase da dosimetria, nada a computar, considerando, também, a inocorrência de confissão.

Na terceira fase, repise-se, mantenho a causa de aumento decorrente da continuidade delitiva, diante da sucessão de condutas criminosas (onze operações fraudulentas: dez operações relacionadas à conta corrente de Angélica Nishida e uma operação fraudulenta referente à conta de Marcus Vinicius Ponce), à fração aplicada na sentença, de 1/6 (um sexto), o que totaliza a pena definitiva de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão,

No tocante à pena de multa, aplico o mesmo critério de cálculo da pena privativa de liberdade o que resulta em *14 (quatorze) dias-multa*.

Fica mantido o valor unitário do dia-multa tal qual fixado na sentença de primeiro grau, no mínimo legal.

O regime inicial de cumprimento de pena é o semiaberto, nos termos do artigo 33, §2º, 'a' e §3º, Código Penal.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pelo não preenchimento dos requisitos subjetivos do artigo 44 do Código Penal.

Mantenho os demais termos da sentença.

Por estes fundamentos, afasto as preliminares arguidas e:

- *dou parcial provimento à apelação de CAIO CÉSAR VICENTE* para reduzir a pena-base e redimensionar a pena-multa, utilizando o mesmo critério para o cálculo da pena privativa de liberdade, totalizando a pena final de *02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão, em re-*

gime inicial aberto, e pagamento de 11 (onze) dias-multa, e reverto, de ofício, a pena de multa substitutiva para o banco Santander (vítima), inalterada no mais a sentença;

- dou parcial provimento à apelação de ALEXANDRE SALDANHA DE OLIVEIRA para reduzir a pena-base e redimensionar a pena-multa, utilizando o mesmo critério para o cálculo da pena privativa de liberdade, totalizando a pena final de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, inalterada no mais a sentença;

- nego provimento à apelação de DENIS DOS SANTOS PIERRE e, de ofício, reduzo a pena-base e redimensiono a pena-multa, utilizando o mesmo critério para o cálculo da pena privativa de liberdade, totalizando a pena final de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, inalterada no mais a sentença.

Oficie-se aos Juízos da execução.

É o voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0000443-22.2014.4.03.6181
(2014.61.81.000443-4)

Apelante: DU LIWEI
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: Ap. 73941
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/04/2018

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90. REDUÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. PRESCRIÇÃO NÃO VERIFICADA. TERMO INICIAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SÚMULA VINCULANTE Nº 24. MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. MANTIDA A CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. REVISÃO. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Ação penal que preenche a condição inserta na Súmula Vinculante nº 24, segundo a qual "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo".

2. O crime previsto no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, tem natureza material e somente se tipifica quando da constituição definitiva do crédito tributário, razão pela qual somente naquela data tem início o curso da prescrição da pretensão punitiva estatal.

2.1. A sentença condenatória não foi objeto de recurso pela acusação, regulando-se, portanto, a prescrição pela pena concretamente aplicada à ré, nos termos do artigo 110, § 1º, do Código Penal, com a redação vigente à época dos fatos. Inaplicável, ao caso, a Lei nº 12.234/2010, de 05 de maio de 2010, que revogou o § 2º do artigo 110 do Código Penal, para excluir a prescrição na modalidade retroativa, vedando o seu reconhecimento no período anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa, uma vez que configurada novação legislativa em prejuízo do apelante, o que fere a vedação constitucional da retroatividade em desfavor da ré.

2.2. Nos termos do art. 109, V, do Código Penal, a pretensão punitiva estatal prescreve em quatro anos, quando a pena fixada for igual ou superior a um ano e não exceder dois anos, como ocorre no caso concreto (excluído o aumento pela continuidade delitiva, conforme dispõem o art. 119 do Código Penal e a Súmula nº 497 do STF).

2.3. Hipótese em que o lustro prescricional não se consumou entre nenhum dos marcos interruptivos, nem entre o último deles e a presente data.

3. Materialidade e autoria demonstradas pela prova produzida, tanto em sede administrativa, quanto em Juízo.

4. Superado o entendimento consolidado na Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos, pois, ao tempo da edição do referido enunciado, a legislação tributária exigia, além da movimentação bancária sem origem comprovada, a constatação de sinais exteriores de riqueza que evidenciasse renda auferida/consumida, o que restou dispensado com a edição do art. 42, da Lei nº 9.430/96, atualmente vigente.

4.1. Demonstrados créditos nas contas bancárias da ré em valores absolutamente incompatíveis com os rendimentos declarados para o período, é legítima a presunção relativa de que se trata de renda omitida. E, não se desincumbindo a defesa do ônus de demonstrar, ao menos indiciariamente, a regularidade da movimentação nas contas bancárias indicadas na denúncia, resta confirmada a materialidade do crime.
5. O art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, é especial em relação ao delito previsto no art. 299, do Código Penal. Assim, descabe acolher o pedido de desclassificação formulado pela defesa, devendo a aparente concorrência de tipos ser resolvida com a incidência do primeiro ao caso dos autos.
6. O dolo do tipo penal do art. 1º da Lei nº 8.137/90 é genérico, bastando, para a tipicidade da conduta, que o sujeito queira não pagar, ou reduzir, tributos, consubstanciado o elemento subjetivo em uma ação ou omissão voltada a este propósito.
7. O objeto material do crime descrito no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, é apenas o valor do tributo efetivamente suprimido/reduzido, sem a inclusão dos consectários civis do inadimplemento (juros e multa).
8. Praticados os delitos em semelhantes condições de tempo, lugar e modo de execução, ao longo dos anos-calendário de 2004 e 2005, correta a sentença ao reconhecer que o concurso de crimes se deu na modalidade da continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal).
9. Fixado o aumento pela continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal) em 1/6 (um sexto), em conformidade com os precedentes desta E. Corte e do C. STJ sobre a relação entre o número de infrações e a razão do aumento.
10. Apelação defensiva parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir a pena da ré DU LIWEI pela prática do crime do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, c.c. o art. 71 do Código Penal, nos anos-calendário de 2004 e 2005, para 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença de primeiro grau, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de abril de 2018.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Trata-se de apelação criminal interposta por DU LIWEI em face da sentença de fls. 255/259, que a condenou pela prática do crime previsto no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, c/c. o art. 71 do Código Penal.

Narrou a denúncia (fls. 160/161) que a acusada, nos anos-calendário de 2004 e 2005, recebeu créditos em contas bancárias de sua titularidade no total de R$1.437.282,90 e

R$1.011.863,41, respectivamente, sem comprovar a origem de tais recursos, e em montante incompatível com o rendimento declarado pela denunciada no período - R$16.790,83 e R$19.787,67, respectivamente.

Em razão de tais fatos, os créditos sem origem comprovada foram classificados como renda omitida, redundando no lançamento de um crédito tributário total no valor de R$1.309.649,78, no bojo do processo administrativo nº 19515.007340/2008-55.

A denúncia foi recebida por meio da decisão de fls. 164/165, publicada em 29/01/2014.

Processado o feito, sobreveio a sentença de fls. 255/259, que julgou procedente o pedido formulado na denúncia e condenou a ré DU LIWEI pela prática do crime previsto no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, c.c. o art. 71 do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 13 (treze) dias multa, cada qual no valor de um trigésimo do salário mínimo. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em uma pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e uma pena de prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo.

A sentença foi publicada em 20/07/2017 (fl. 260).

O Ministério Público Federal, regularmente intimado da sentença condenatória, dela não recorreu (fl.260).

A defesa técnica interpôs apelação à fl. 271 e a ré, intimada pessoalmente, manifestou interesse de apelar (fl.274).

Em suas razões de recurso de fls.282/296, a defesa sustenta a extinção da punibilidade da ré, em função da prescrição da pretensão punitiva estatal.

No mérito propriamente dito, aduz a impossibilidade de condenação fundada em meras presunções administrativas de omissão de renda, à míngua da cabal demonstração do fato gerador ou do aumento patrimonial da acusada, cujo ônus competia exclusivamente ao Ministério Público Federal. Requer, ainda, a absolvição da ré por ausência de dolo especial de fraudar a ordem tributária.

Subsidiariamente, pretende a desclassificação da conduta para o crime do art. 299 do Código Penal, ou, ao menos, seja afastado o aumento pela continuidade delitiva.

Contrarrazões de recurso apresentadas pelo órgão ministerial oficiante em primeiro grau às fls. 299/313, pela manutenção da sentença.

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República, por meio do parecer de fls. 315/316, opinou pelo provimento do apelo, com a extinção da punibilidade da acusada em razão da prescrição.

À fl. 318, a Procuradoria Regional promoveu a juntada do ofício SEI nº 14/2018, com o fim de demonstrar a data da constituição definitiva do crédito tributário lançado em face de "Dudu 25 Ótica Ltda.", em 18.03.2009, e reiterou o pedido de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal.

É o relatório.

Sujeito à revisão, na forma regimental.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso interposto pela defesa e passo à análise das questões nele ventiladas.

Justa causa para a ação penal

Inicialmente, consigno que a presente ação preenche a condição inserta na Súmula Vinculante nº 24, segundo a qual "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo".

Consoante se verifica da fl. 338, a ré foi cientificada do Acórdão nº 17-35.016, proferido no bojo do processo administrativo nº 19515.007340/2008-55, em 26/02/2010. Sem notícia da extinção do débito por pagamento, nem a interposição de medida suspensiva pela interessada, verifica-se que o crédito tributário foi definitivamente constituído na esfera administrativa.

Fatos

Consoante se extrai da denúncia, a acusação imputa à ré, DU LIWEI, a prática do crime descrito no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90 c.c. o art. 71 do Código Penal, em razão da suposta redução de imposto de renda pessoa física, mediante omissão de informação à Receita Federal, nos anos-calendário de 2004 e 2005.

Prescrição

A defesa pretende seja reconhecida a extinção da pretensão punitiva estatal, em razão da prescrição, aduzindo, em prol do referido pleito, que o lustro de quatro anos teria se esvaído entre a data mais remota dos fatos (ano de 2005) e a data do recebimento da denúncia (29/01/2014).

A alegação não merece acolhida.

O crime previsto no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, tem natureza material e somente se tipifica quando da constituição definitiva do crédito tributário, razão pela qual somente naquela data tem início o curso da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Consoante bem apontado pelo órgão ministerial oficiante em primeiro grau, a data da constituição definitiva do crédito tributário é 29/03/2010. Isto porque a contribuinte, intimada da lavratura do auto de infração em 18/02/2009 (fl.191), interpôs, tempestivamente, impugnação administrativa (fls. 225/259 do Apenso), que foi conhecida e julgada improcedente pela 11ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo II (SP), em 16/09/2009 (fls. 321/332 do Apenso).

Considerando o escoamento do prazo de trinta dias para pagamento do crédito ou interposição de recuso voluntário ao CARF, contados da data da intimação editalícia (fl. 338 do Apenso), tem-se que a constituição do crédito tributário na esfera administrativa ocorreu em 29/03/2010.

Ressalte-se, por oportuno, que o ofício de fl. 319 trata de contribuinte distinto (DUDU ÓTICA 25 LTDA.), sendo irrelevante, para fins de contagem do prazo prescricional do caso dos autos, a data da constituição do crédito tributário em relação a ele.

Prosseguindo, a sentença condenatória não foi objeto de recurso pela acusação, regulando-se, portanto, a prescrição pela pena concretamente aplicada à ré, nos termos do artigo 110, § 1º, do Código Penal, com a redação vigente à época dos fatos:

> Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.
> § 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.
>
> Inaplicável, ao caso, a Lei nº 12.234/2010, de 05 de maio de 2010, que revogou o § 2º do artigo 110 do Código Penal, para excluir a prescrição na modalidade retroativa, vedando o seu reconhecimento no período anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa, uma vez que configurada novação legislativa em prejuízo do apelante, o que fere a vedação constitucional da retroatividade em desfavor da ré:
>
> Artigo 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:
> [...]
> XL- a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Nos termos do art. 109, V, do Código Penal, a pretensão punitiva estatal prescreve em quatro anos, quando a pena fixada for igual ou superior a um ano e não exceder dois anos, como ocorre no caso concreto (excluído o aumento pela continuidade delitiva, conforme dispõem o art. 119 do Código Penal e a Súmula nº 497 do STF).

No caso dos autos, o crédito foi definitivamente constituído em 29/03/2010, a denúncia foi recebida em 29/01/2014 e a sentença condenatória foi publicada em 20/07/2017 (fl. 260).

De se ver, portanto, que o lustro prescricional não se consumou entre nenhum dos marcos interruptivos, nem entre o último deles e a presente data.

Materialidade e autoria

A materialidade delitiva restou suficientemente demonstrada nos autos pela Representação Fiscal para Fins Penais e pela prova documental produzida pela acusação, da qual destaco, por mais relevantes, os seguintes elementos:

- Demonstrativo de apuração do crédito tributário do processo -fls. 20/22;

- Declarações de Ajuste Anual da ré DU LIWEI relativas aos anos-calendário 2004 e 2005;

- Extratos bancários das contas mantidas pela acusada nos anos de 2004 a 2005 junto às seguintes instituições financeiras: Banco Santander, conta nº 0096846402, e HSBC Bank Brasil, conta nº 0348-11200-38;

- Termo de Verificação e Constatação Fiscal - fls. 12/19;

- Auto de Infração Imposto de Renda Pessoa Física - fls. 23/27;

- Acórdão da Turma de Julgamento - fls.321/332 do Apenso;

- Extratos bancários - fls. 54/169 do apenso;

- Declaração de Ajuste Anual Simplificada - Imposto de Renda Pessoa Física - Anos 2004 e 2005 - fls. 311/318 do apenso.

A prova documental em comento revela que a ré DU LIWEI apresentou declarações anuais de ajuste para os exercícios 2005 e 2006 (anos-calendário 2004 e 2005), indicando a percepção pela declarante dos seguintes rendimentos tributáveis:

- ano-calendário de 2004: R$16.790,83 (fl.16);

- ano-calendário de 2005: R$19.787,67 (fl. 17).

Entretanto, os demonstrativos financeiros que instruíram o processo administrativo revelam que, naqueles exercícios fiscais, a acusada obteve créditos em suas contas bancárias (de sua titularidade isolada), cuja origem não restou demonstrada, muito superiores à renda declarada para o período, mais precisamente:

- ano-calendário de 2004: R$1.437.782,90;

- ano-calendário de 2005: R$1.011.863,41.

Após regular tramitação do procedimento administrativo fiscal, a autoridade fazendária concluiu que:

> O contribuinte apresentou em 19/04/2005 *Declaração de Ajuste Anual Simplificada - 2005, Ano Calendário 2004* (fls. 32/35), informando como total de rendimentos recebidos o valor de *R$ 16.790,83* [...], então há uma *discrepância* quanto aos rendimentos declarados acima pelo contribuinte e a movimentação financeira dos *depósitos e créditos não comprovados no ano calendário de 2004*, constantes nos extratos bancários do contribuinte, na totalidade de R$1.437.282,90, conforme planilha anexa Demonstrativo de Valores Creditados Não Comprovados - Ano Calendário 2004.
> Fica caracterizada a *OMISSÃO DE RECEITAS no valor de R$1.264.244,50*, sendo objeto de lançamento de ofício no presente auto de infração, conforme tabela e fundamentação legal abaixo.
> [...]
> O contribuinte apresentou em 26/04/2006 *Declaração de Ajuste Anual - 2006, Ano Calendário 2005* (fls. 36/39), informando como total de rendimentos recebidos o valor de *R$ 19.787,67* [...], então há uma *discrepância* quanto aos rendimentos declarados acima pelo contribuinte e a movimentação financeira dos *depósitos e créditos não comprovados no ano calendário de 2005*, constantes nos extratos bancários do contribuinte, na totalidade de *R$1.011.863,41*, conforme planilha anexa *Demonstrativo de Valores Creditados Não Comprovados - Ano Calendário 2005*.
> Fica caracterizada a *OMISSÃO DE RECEITAS no valor de R$928.535,16*, sendo objeto de lançamento de ofício no presente auto de infração, conforme tabela e fundamentação legal abaixo.
> [...] - grifos no original

Segundo a defesa, os valores que transitaram pelas contas bancárias do ora apelante não se subsumiriam ao conceito tributário de renda, por se tratarem de valores depositados por terceiros e em favor deles.

Alegou a acusada, em seu interrogatório judicial, que residia em um bairro com várias pessoas de nacionalidade chinesa e alguns de seus vizinhos (cerca de vinte), que não possuíam contas bancárias, utilizavam as contas da ré para efetuar depósitos. Posteriormente, a ré realizava os saques e devolvia o dinheiro de cada um.

A versão defensiva carece de credibilidade.

Inicialmente, consigno que nenhum desses vizinhos foi chamado para depor em favor da tese da apelante. Além disso, os extratos bancários juntados aos autos não corroboram a alegação da acusada, pois sequer revelam saídas em valores correspondentes às entradas.

Ressalte-se, ainda, que, quando da prestação de informações falsas às autoridades fazendárias, a acusada já residia no Brasil há quase dez anos, não sendo crível sua alegação de desconhecimento acerca da obrigatoriedade de promover a correta declaração de rendimentos e de guarda dos documentos fiscais correspondentes.

No particular, confira-se o seguinte trecho da sentença recorrida, cujos fundamentos adoto, igualmente, como razões de decidir:

> Note-se que, apesar de justificar sua conduta com o argumento do desconhecimento da lei brasileira e da inexistência da obrigação de apresentar declaração de imposto de renda na China, a ré não esclareceu como e quem confeccionou as DIRFs que apresentou durante o período. Ademais, a própria ré admitiu que está no Brasil há vinte anos, tendo até aberto uma empresa em seu nome, o que afasta completamente sua versão de desconhecimento das regras básicas sobre as obrigações tributárias do país e confirma a prática delitiva.
> Dessa forma, constato que todo o conjunto probatório, todas as contradições existentes e a constatação de movimentação financeira apurada e não declarada à autoridade fazendária, confirmam a omissão de receitas e de informações que deveriam ser prestadas ao Fisco, apontando que a ré atuou deliberadamente no sentido de obter a redução dos tributos devidos, alcançando o resultado pretendido, motivo pelo qual incidiu nas penas cominadas no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90.

Prosseguindo, a recorrente aduz a impossibilidade de lançamento baseado apenas nos extratos ou depósitos bancários, com fundamento na Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Ocorre que, quando da edição do referido enunciado, a legislação tributária exigia, além da movimentação bancária sem origem comprovada, a constatação de sinais exteriores de riqueza que evidenciasse renda auferida/consumida.

Atualmente, no entanto, o art. 42, da Lei nº 9.430/96, dispõe, expressamente:

> Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Há, portanto, presunção legal *juris tantum* de omissão de renda, não sendo mais aplicável o entendimento enunciado na Súmula 182 do extinto TFR.

Assim, dúvida não paira quanto à materialidade delitiva, pois as contas bancárias mantidas pela acusada receberam créditos, cuja origem não foi demonstrada, em montante muito superior àquele declarado pela contribuinte, motivo pelo qual comprovada a omissão de renda da autoridade fazendária, com a consequente redução do imposto de renda pessoa física devido.

Isto porque, demonstrados créditos nas contas bancárias da ré em valores absolutamente incompatíveis com os rendimentos declarados para o período, é legítima a presunção relativa de que se trata de renda omitida.

Justamente por se tratar de presunção relativa, mesmo nas hipóteses de lançamento definitivo do crédito tributário, poderia o juízo penal desconstituir a referida presunção, desde que houvesse elementos para tanto.

Elementos que inexistem nesses autos, pois a defesa não produziu qualquer prova apta a demonstrar a regularidade da movimentação nas contas bancárias indicadas na denúncia.

Não se trata de indevida inversão do ônus da prova.

A acusação se desincumbiu do ônus de demonstrar que a contribuinte recebeu, mediante movimentações em suas contas bancárias, créditos muito superiores à renda declarada, de maneira que competia à denunciada a prova de que os valores em questão não configurariam rendimentos para fins de tributação, o que não ocorreu na hipótese.

Ao contrário, restou apurado no procedimento fiscal, com observância da estrita legalidade, ressalte-se, movimentação bancária absolutamente incompatível com os rendimentos declarados, conforme já detalhado neste decisum.

Em diversos precedentes já se manifestou esta Corte no mesmo sentido:

> PENAL. CONSTITUCIONAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. NULIDADE. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA. INOCORRÊNCIA. LANÇAMENTO FISCAL COM BASE EM EXTRATOS BANCÁRIOS OBTIDOS MEDIANTE QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA OBTIDA DIRETAMENTE PELA RECEITA FEDERAL. LICITUDE DA PROVA. PROVA DA MATERIALIDADE E AUTORIA. DESTINAÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA. RECURSO DESPROVIDO.
> [...]
> 7. O Código Tributário Nacional, em seu artigo 44, estabelece a base de cálculo do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza como sendo "o montante, real, arbitrado, ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis". A Lei 9.430/1996 prevê a possibilidade de a renda arbitrada fundar-se em depósitos bancários efetuados em conta do contribuinte, sem a demonstração da origem dos recursos. Assim, o lançamento por arbitramento é válido, tanto para fins tributários, como para fazer prova da materialidade do crime de sonegação fiscal.
> 8. Se a autoridade tributária verifica a incompatibilidade entre a movimentação financeira do contribuinte e a renda declarada, e promove o lançamento, apontado a omissão de renda, não é de se exigir que o Ministério Público Federal aponte qual a natureza da renda omitida. Não há como ter o lançamento como válido para fins tributários, mas não válido para fins penais, porque baseado em presunção legal. Seria demais excessivo e desproporcional exigir-se que a Acusação investigue e descubra a natureza da renda omitida pela ré - se tais depósitos foram provenientes de operações de câmbio, ou de trabalho assalariado, de trabalho sem vínculo empregatício, de aluguéis ou de outros rendimentos de capitais.
> 9. É certo que o Juiz penal não está vinculado à autoridade administrativa e pode, diante de prova em sentido contrário, convencer-se de que a movimentação financeira do contribuinte não constitui renda e, portanto, não obstante estar o crédito tributário definitivamente constituído, entender que não houve sonegação. Contudo, tal prova cabe à Defesa, e não à Acusação (art. 156 do CPP).
> 10. Não se trata de transferência indevida do ônus da prova. A Acusação desincumbiu-se da prova que lhe competia: trouxe aos autos prova de que a ré movimentou valores de grande monta em suas contas correntes, e de que apresentou declarações de imposto de renda absolutamente incompatíveis com os valores da movimentação financeira.
> 11. Aa ré é que caberia provar que, não obstante a absoluta incompatibilidade entre a movimentação financeira e as declarações de rendimentos apresentadas ao Fisco, os valores depositados em conta corrente não constituem renda, afastando assim a presunção legal. E, no caso dos autos, a ré não trouxe qualquer prova firme, apta a abalar o lançamento efetuado.
> [...]
> 15. Preliminares rejeitadas. Apelação desprovida. De ofício, alterada a destinação da pena pecuniária.
> (1ª Turma, ACR 0009269-98.2010.4.03.6109/SP, Rel. Des. Fed. Hélio Nogueira, D.E. 03/11/2016);

> PENAL. PROCESSO PENAL. ART. 1º, I, DA LEI N. 8.137 /90. MATERIALIDADE. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. AUTORIA. DOLO. REQUERIMENTO DE ABSOLVIÇÃO EM ALEGAÇÕES FINAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. CULPABILIDADE.
> [...]

3. Não obstante o juízo criminal não se vincule às presunções legais que nortearam o lançamento do tributo, competia à defesa demonstrar a origem dos valores que ingressaram na disponibilidade econômica da empresa do acusado e foram destinados ao pagamento de terceiros e provar que não constituem rendimentos tributáveis, o que não ocorreu.
4. A remessa de recursos ao exterior mediante depósitos em contas CC-5 caracteriza fruição de renda em relação à qual incide o Imposto sobre a renda Retido na Fonte, obrigação tributária omitida pelo acusado, que, ademais, não declarou o aludido rendimento, nem a operação realizada.
[...]
8. Desprovido o recurso de apelação.
(5ª Turma, ACR 0008031-32.2004.4.03.6181/SP, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, D.E. 01/03/2016);

PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PRELIMINAR. PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS. AFASTAMENTO PELA AUTORIDADE FAZENDÁRIA SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. VALIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS INCOMPATÍVEIS COM A DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE OMISSÃO DE RECEITAS. PENA. DOSIMETRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
[...]
2. Materialidade restou comprovada por meio da Representação Fiscal (fls. 14/19) e da documentação que a instrui (fls. 20/148), bem como prova oral colida sob o crivo do contraditório e extratos bancários da empresa comandada pelos acusados, através dos quais foram demonstradas as movimentações financeiras no período referido na denúncia (fls. 656/882). Por fim, o corréu Edson também foi ouvido sob o crivo do contraditório, quando então confirmou que sua empresa auferiu renda próxima a sete milhões de reais no ano de 1998.
3. Os acusados tiveram oportunidade de justificar os valores movimentados em conta tanto na esfera administrativa quanto na judicial, quedando-se inerte na primeira, e, na segunda, apresentando narrativa destituída de provas. Nestes casos, com base em dispositivo legal (art. 42 da Lei nº 9.430/96), a incompatibilidade entre os rendimentos informados na declaração ao Fisco e os valores efetivamente movimentados no respectivo ano-calendário gera presunção relativa de omissão de receita. Precedentes.
4. Nos termos do art. 6º, da Lei Complementar nº 105/2001, as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderão ter acesso aos dados bancários dos contribuintes, independentemente de prévia autorização judicial, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais dados sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.
[...]
7. Dá-se provimento parcial ao recurso de apelação para reduzir a pena imposta ao recorrente para 2 anos e 6 meses de reclusão, além de 15 dias-multa, com extensão de efeitos ao corréu não apelante.
(2ª Turma, ACR nº 0009478-32.2003.4.03.6103/SP, Rel. p/ Acórdão Des. Fed. Cotrim Guimarães, D.E. 22/05/2015).

No mais, os créditos não comprovados foram detalhados nas planilhas que instruíram o Relatório Fiscal, sendo certo que os extratos foram obtidos junto às instituições financeiras e juntados ao processo administrativo pela própria ré, não havendo razões para que este Juízo duvide de sua legitimidade.

Tem-se, portanto, que a defesa não se desincumbiu de seu ônus de infirmar o robusto conjunto probatório amealhado aos autos pela acusação, no sentido de que os valores movi-

mentados nas contas de titularidade do acusado configuram omissão de renda.

Por derradeiro, descabe acolher o pleito defensivo de desclassificação da conduta para o delito do art. 299 do Código Penal.

O concurso aparente entre o tipo do art. 299 do Código Penal e o do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, atrai a incidência do princípio da especialidade, pois a falsidade imputada à ré é punida de maneira especial quando resulta na redução de tributo.

Confira-se, no particular, a lição de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

> a) O princípio da especialidade decorre de antiga e conhecida regra, segundo a qual a lei especial derroga a geral. De acordo com este princípio, *um tipo possui, além dos caracteres de outro, alguns mais* - como acontece com os tipos qualificados em relação aos tipos básicos (homicídio criminis causa e homicídio simples, por exemplo). [...] A especialidade é um fenômeno que tem lugar em razão de um fechamento conceitual, que um tipo faz do outro e que pressupõe uma relação de subordinação conceitual entre os tipos.
> (Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 11. ed. rev. e atual.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.655) - grifei.

Assim, considerando que a Lei nº 8.137/90 é especial em relação ao delito previsto no art. 299, do Código Penal, a aparente concorrência de tipos se resolve com a incidência do primeiro ao caso dos autos.

Rejeito, com tais fundamentos, o pleito de desclassificação.

Não há nenhuma dúvida, portanto, de que a ré omitiu rendimentos das declarações anuais de ajuste exercícios 2005 e 2006 e que, mediante tal conduta, suprimiu parcela do imposto de renda pessoa física devido no período.

Consigne-se, por fim, que o dolo do tipo penal do art. 1º da Lei nº 8.137/90 é genérico, bastando, para a tipicidade da conduta, que o sujeito queira não pagar, ou reduzir, tributos, consubstanciado o elemento subjetivo em uma ação ou omissão voltada a este propósito.

No particular, ressalto que não se cogita jamais da existência de prova cabal e inconteste do dolo, posto que somente o indivíduo conhece seu universo interior e as sutilezas de seu intento. O que se deve buscar, no bojo do processo penal, é a prova robusta e harmônica das circunstâncias objetivas que envolvem os fatos, a partir das quais se pode extrair, por dedução, a existência ou não do dolo do autor, com base nas regras da experiência ordinária.

E, no caso dos autos, não há como crer que a ré desconhecesse o descompasso entre a movimentação de vultosa quantia nas suas contas bancárias e os valores declarados à autoridade fazendária como rendimentos tributáveis.

Há, em verdade, elementos suficientes à convicção deste julgador no sentido de que a acusada, com consciência e vontade, omitiu os valores com o fim de se furtar ao pagamento do imposto de renda devido pela pessoa física, ou, ao menos, reduzi-lo, em especial o fato de ser enorme a discrepância entre a receita declarada e aquela auferida pela ré.

Quanto ao valor de tributos reduzidos, anoto que o C. STJ, no julgamento do HC 195372/SP, adotou o posicionamento no sentido de que o objeto material do delito de apropriação indébita previdenciária é o valor recolhido e não repassado aos cofres da Previdência e não o valor do débito tributário inscrito, já incluídos os juros de mora e a multa.

O mesmo raciocínio é de ser aplicado ao crime descrito no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, devendo ser considerado seu objeto material apenas o valor do tributo efetivamente suprimido/reduzido, sem a inclusão dos consectários civis do inadimplemento (juros e multa).

Sob tal perspectiva, o objeto material do crime ora apurado somava, ao tempo do lançamento, R$600.657,72 (seiscentos mil seiscentos e vinte e cinco reais e setenta e dois centavos).

Por derradeiro, considerando que os delitos foram praticados em semelhantes condições de tempo, lugar e modo de execução, ao longo dos anos-calendário de 2004 e 2005, adequada a sentença ao reconhecer que o concurso de crimes se deu na modalidade da continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal).

Demonstradas, portanto, a materialidade e autoria do delito, consubstanciadas na redução, pela acusada do Imposto de Renda Pessoa Física devido nos anos-calendário de 2004 e 2005, no importe histórico de R$600.657,72 (seiscentos mil seiscentos e vinte e cinco reais e setenta e dois centavos), mediante omissão de informações e prestação de informações falsas à autoridade fiscal acerca da renda auferida pela ré no período, motivo pelo qual mantenho a condenação de DU LIWEI pela prática do crime do art. 1º§, I, da Lei nº 8.137/90, c.c. o art. 71 do Código Penal.

Dosimetria

Na primeira etapa da dosimetria da pena, o MM. Juízo *a quo* fixou a reprimenda no mínimo legal, em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa

Nas demais fases da dosimetria, não foram reconhecidas atenuantes ou agravantes, nem causas de aumento ou de diminuição da pena.

Em razão da continuidade delitiva, a pena foi aumentada de 1/3 (um terço), restando definitivamente fixada em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

A defesa impugnou a reprimenda fixada em primeiro grau e pretende seja afastado o aumento pela continuidade delitiva.

O concurso de crimes na forma do art. 71 do Código Penal já foi reconhecido quando da análise da materialidade delitiva, cumprindo aplicar o correspondente aumento.

Todavia, reputo excessiva a fração eleita em primeiro grau, considerando que houve o concurso de dois delitos, tem-se que o aumento pela continuidade delitiva deve ser aplicado em seu mínimo, ou seja, em um sexto, em conformidade com os precedentes desta E. Corte e do C. STJ sobre a relação entre o número de infrações e a razão do aumento:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 289, § 1º, DO CP. INTRODUÇÃO DE MOEDA FALSA. CRIME ÚNICO. NÃO OCORRÊNCIA. CONTEXTO FÁTICO DISTINTO. CONTINUIDADE DELITIVA RECONHECIDA. PRECEDENTE DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO.
> 1. Demonstrada a ausência de identidade de contexto fático entre as condutas de introduzir moedas em circulação em quatro estabelecimentos comerciais distintos, embora perpetradas em um mesmo dia, impede o reconhecimento de crime único, aplicando-se a regra da continuidade delitiva.
> 2. Em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações ; 1/5, para 3 infrações ; 1/4, para 4 infrações ; 1/3, para 5 infrações ; 1/2, para 6 infrações e 2/3, para 7 ou mais infrações. (REsp 1582601/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 02/05/2016).
> 3. Agravo regimental improvido.
> (STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.405.268/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 22/08/2016).

Dessa maneira, fixo a pena em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Mantenho o valor unitário do dia-multa no mínimo legal e o regime aberto para início de cumprimento da pena.

Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal e considerando a ausência de recurso da acusação, mantenho a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, nos moldes fixados em primeiro grau.

Da execução provisória da pena

Em sessão de julgamento de 05 de outubro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que o art. 283 do Código de Processo Penal não veda o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias, e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44.

Desse modo, curvo-me ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, que reinterpretou o princípio da presunção de inocência no julgamento do HC 126.292-SP, reconhecendo que "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal."

Diante desse cenário, independentemente da pena cominada, deve ser determinada a execução provisória da pena decorrente de acórdão penal condenatório, proferido em grau de apelação.

Destarte, exauridos os recursos nesta Corte, expeça-se Carta de Sentença, bem como comunique-se ao Juízo de Origem para o início da execução da pena imposta à ré.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso apenas para reduzir a pena da ré DU LIWEI pela prática do crime do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, c.c. o art. 71 do Código Penal, nos anos-calendário de 2004 e 2005, para 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença de primeiro grau.

É como voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0000393-21.2015.4.03.6129
(2015.61.29.000393-7)

Apelante: DANILO AGUIAR RAPOUSO E RICARDO REGINALDO PEREIRA (réus presos)
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE REGISTRO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: Ap. 72524
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/05/2018

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. TENTATIVA DE HOMÍCIDIO QUALIFICADO. FURTO QUALIFICADO CONTRA A CEF. RECEPTAÇÃO DOLOSA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE USO RESTRITO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. NULIDADE DO JULGAMENTO EM PLENÁRIO DO JÚRI. INOCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES A AMPARAREM A DECISÃO DOS JURADOS. INEXISTÊNCIA DE ERRO OU INJUSTIÇA NO TOCANTE À APLICAÇÃO DA PENA. ABANDONO DO PROCESSO. MULTA. ART. 265, CPP. INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE.

1. Segundo decorre do art. 571, VIII, do Código de Processo Penal, a eventual nulidade do julgamento em Plenário do Júri, inclusive aquela referente à formulação dos quesitos, deve ser arguida após sua ocorrência. Na espécie, porém, conforme se depreende da ata de julgamento, a ausência de indagação aos jurados sobre a tese de receptação culposa não foi suscitada pelo defensor dos acusados após a formulação dos quesitos, restando, pois, preclusa.

2. De acordo com § 2º do art. 483 do Código de Processo Penal, sendo respondidos afirmativamente os quesitos referentes à materialidade e à autoria ou participação, passa-se ao questionamento relativo à absolvição do réu, concentrando-se nesse único questionamento todas as teses sustentadas pelo acusado e por seu patrono. Logo, respondida negativamente pelos jurados a indagação acerca da absolvição dos acusados do delito de receptação dolosa, não haveria lugar para a formulação do quesito pretendido, não se constatando qualquer prejuízo à defesa dos réus.

3. Há provas suficientes da autoria e materialidade dos delitos imputados aos acusados. A decisão dos jurados, portanto, está em consonância com os elementos de convicção coligidos aos autos.

4. Na espécie, embora os acusados não tenham logrado matar os Policiais Militares que os perseguiam, foram efetuados inúmeros disparos em direção à viatura policial, que sofreu danos de considerável monta, tendo sido atingindo, inclusive, uma pedestre. Dado o significativo perigo representado pela ação dos réus, a redução da pena em ½ (metade) pela tentativa figura-se razoável e merece ser mantida.

5. O concurso material entre o delito de associação criminosa e o de furto qualificado pelo concurso de agentes não caracteriza *bis in idem*, porquanto os bens jurídicos tutelados são distintos e autônomos (STJ, HC n. 26278-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18.11.03).

6. No caso, além do concurso de agentes, o furto também foi qualificado pelo rompimento de obstáculo a subtração da coisa (CPP, art. 155, § 4º, I). Essa circunstância, por si só, justificaria a majoração da pena-base na fração aplicada pelo Juiz Presidente do Júri, 1/10 (um décimo).
7. O fato de os acusados terem ficado sem rendimentos após a prisão e condenação, por si só, não justifica a redução do valor da pena de multa, tendo em vista que a sua situação econômica não se confunde nem se resume ao respectivo salário ou rendimento atual, e não foram produzidas quaisquer provas da total impossibilidade do pagamento da pena nos termos em que aplicada.
8. Configura abandono de causa punível com multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos a hipótese de o advogado que, intimado para praticar qualquer ato do processo, deixa injustificadamente de fazê-lo, nos termos do *caput* do art. 265 do Código de Processo Penal (TRF da 3ª Região, MS n. 2013.03.00.000418-6, Rel. Des. Fed. Vesna Kolmar, j. 20.06.13; ACR n. 2005.61.81.004374-8, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, j. 29.05.12 e ACR n. 2003.61.81.009574-0, Rel. Juiz Fed. Conv. Alessandro Diaferia, j. 10.04.12).
9. A Ilustrada Procuradoria Regional da República manifestou-se pela aplicação de multa aos ex-advogados dos acusados, em razão do abandono do processo (CPP, art. 265), pois, conquanto intimados, não apresentaram as razões recursais.
10. Porém, tendo em vista que se tratou de uma desídia de pequena monta, é de ser indeferida sua aplicação na espécie.
11. Apelo dos acusados desprovidos.
12. Indeferida a aplicação de multa aos ex-advogados dos réus em razão do alegado abandono do processo.

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, negar provimento à apelação e indeferir o pedido de aplicação de multa aos ex-advogados dos acusados, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de abril de 2018.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ricardo Reginaldo Pereira e Danilo Aguiar Rapouso contra a decisão do Tribunal do Júri que os condenou pelos seguintes crimes: art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/03; art. 121, § 2º, IV e V, c. c. o art. 14, II, ambos do Código Penal, por três vezes; art. 155, § 4º, I e IV; art. 180, *caput*, e art. 288, parágrafo único, todos do Código Penal, em concurso material (CP, art. 69), ao total de 15 (quinze) anos, 5 (cinco) meses e 3 (três) dias de reclusão, regime inicial fechado, além de 45 (quarenta e cinco) dias-multa no valor unitário de 1/20 (um vinte avos) do salário-mínimo vigente na data dos fatos (cfr. fls. 1.063/1.066v. e 1.074/1.075v.).

Ricardo Pereira e Danilo Rapouso alegam, em síntese:

a) nulidade posterior à pronúncia, porque não quesitada a tese de receptação culposa, suscitada no interrogatório;

b) a decisão dos jurados foi contrária à prova dos autos, tendo em vista que:

b.1) não existem provas de que foram efetuados disparos de fuzil contra os Policias Militares;

b.2) os disparos teriam sido efetuados na tentativa de resistir à prisão e evadir-se, e não visava à morte dos policiais;

b.3) ausência de provas do emprego de recurso que tenha dificultado a defesa dos ofendidos, a afastar a incidência da qualificadora do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal;

b.4) falta de dolo na prática da receptação;

b.5) ausência de prova de que os apelantes e demais réus estariam unidos para a prática habitual de delitos;

c) sucessivamente, em não sendo cassada a decisão do Júri, defendem a redução das penas aplicadas, sob os seguintes argumentos:

c.1) o *iter criminis* do homicídio tentado não se aproximou da consumação, o que justificaria a redução da pena superior à metade;

c.2) a qualificadora do concurso de pessoas que incidiu sobre a pena do crime de furto é incompatível com a condenação pelo delito de associação criminosa;

c.3) a redução da pena-base do delito de furto em razão da confissão foi inferior àquela que seria devida;

c.4) a pena de multa, arbitrada em 1/20 (um vinte avos) do salário-mínimo, é excessiva, tendo em vista que o atual rendimento dos apelantes não é igual àquele auferido anteriormente aos fatos e que baseou o arbitramento do montante da pena (cfr. fls. 1.204/1.210).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 1.214/1.240).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Uendel Domingues Ugatti, manifestou-se pelo desprovimento da apelação dos réus, bem como pela aplicação de multa, em razão do abandono do processo (CPP, art. 265), aos ex-advogados dos acusados, pois, conquanto intimados, não apresentaram as razões recursais, que restaram oferecidas pela Defensoria Pública da União (cfr. fls. 1.243/1.250).

Os autos foram submetidos à revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Imputação. Ricardo Reginaldo Pereira, Danilo Aguiar Rapouso e André Freire Fonseca foram denunciados pelos seguintes crimes: art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal e art. 16, *caput*, e parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/03, na forma do art. 70, *caput*, do Código Penal; art. 121, § 2º, IV e V, c. c. o art. 14, II, na forma do art. 70, *caput*, 2ª parte, todos do Código Penal (3 vezes); arts. 180, *caput*; e 288, parágrafo único, do Código Penal, em concurso material e de agentes (CP, arts. 29 e 69).

Ede Goularte Aguiar, Everton Santos de Oliveira e Maxwell Gomes Campos da Silva foram denunciados pelos crimes do art. 155, § 4º, I e IV; e o art. 288, parágrafo único, do Código Penal, na forma do art. 69 c. c. o art. 29, ambos do Código Penal.

Descreve a denúncia o quanto segue:

> Consta dos autos que, em 28/03/2015, por volta das 4h00, na Avenida Beira Mar, Ilha Comprida/SP, os denunciados RICARDO REGINALDO PEREIRA, DANILO AGUIAR RAPOUSO, ANDRÉ FREIRE FONSECA, EDE GOULART AGUAR, EVERTON SANTOS DE OLIVEIRA e MAXWELL GOMES CAMPOS DA SILVA, com vontade livre e consciente, agindo em conluio e com unidade de desígnios, com destruição e rompimento de obstáculo à subtração da coisa, subtraíram, para si, ao menos R$ 53.128,00 armazenados em dois caixas eletrônicos da CEF.
> Consta, ainda, que, na mesma data, de hora incerta até aproximadamente 7h00, a partir do local onde se encontravam os caixas eletrônicos acima referidos e durante todo o trajeto até o momento da prisão, os denunciados RICARDO REGINALDO PEREIRA, DANILO AGUIAR RAPOUSO e ANDRÉ FREIRE FONSECA, com vontade livre e consciente, agindo em conluio e com unidade de desígnios, portavam, detinham, transportavam e mantinham sob sua guarda as armas de fogo, acessórios e munições de uso permitido constantes do auto de exibição e apreensão de fls. 68/70, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.
> Consta, também, que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, os denunciados RICARDO REGINALDO PEREIRA, DANILO AGUIAR RAPOUSO e ANDRÉ FREIRE FONSECA, com vontade livre e consciente, agindo em conluio e com unidade de desígnios, possuíam, detinham, portavam, transportavam e mantinham sob sua guarda, as armas de fogo, acessórios e munições de uso restrito constantes do auto de exibição e apreensão de fls. 57/70, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, bem como possuíam e detinham os artefatos explosivos descritos no auto de apreensão de fls. 57/70 (duas bananas de dinamite com artefatos), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.
> Consta, ademais, que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local acima descritas, os denunciados RICARDO REGINALDO PEREIRA, DANILO AGUIAR RAPOUSO e ANDRÉ FREIRE FONSECA, com vontade livre e consciente, agindo em conluio e com unidade de desígnios, adquiriram e conduziam, em proveito próprio, o veículo Hyundai Tucson GLS, preto, placas EBV 0558, que sabiam ser produto de crime.
> Consta, ainda, que, na mesma data, por volta das 07h00, na Rodovia Prefeito Casimiro Teixeira, na altura da Peixaria Martins, Porto do Ribeira, Iguape/SP, os denunciados RICARDO REGINALDO PEREIRA, DANILO AGUIAR RAPOUSO e ANDRÉ FREIRE FONSECA, com vontade livre e consciente, agindo em conluio e com unidade de desígnios, para assegurar a impunidade e a vantagem dos crimes acima descritos, por meio de disparos de armas de fogo, tentaram matar os policiais Cláudio Luciano Bernardo de Oliveira, Luiz Antônio Gonçalves e José César Peniche, não consumando o crime por circunstâncias alheias às suas vontades.
> Consta, por fim, que, em data anterior aos fatos narrados e em local incerto, os denunciados RICARDO REGINALDO PEREIRA, DANILO AGUIAR RAPOUSO, ANDRÉ FREIRE FONSECA, EDE GOULART AGUAR, EVERTON SANTOS DE OLIVEIRA, MAXWELL GOMES CAMPOS DA SILVA, com vontade livre e consciente, associaram-se para o fim específico de cometer os crimes acima descritos, constituindo associação criminosa armada.
> Segundo se apurou, os denunciados Ricardo, Danilo, André, Ede, Everton e Maxweel reuniram-se no município de São Paulo e associaram-se para o fim de praticar crimes de furto de caixas eletrônicos e porte de armas de fogo de uso permitido e de uso restrito, munições, acessórios e explosivos.
> Para colocar em prática a empreitada criminosa, os denunciados Ricardo, Danilo e André adquiriram e conduziram o veículo Hyundai Tucson, placas EBV 0558, que sabiam ser produto de crime. O referido veículo foi roubado em 16/06/2014, cf. BO nº2059/2014 do 48º DP

Cidade Dutra (fls. 42/44).
Na data dos fatos, os denunciados, utilizando-se de explosivos (dinamite) e armamento pesado (pistolas, fuzis, munições, coletes balísticos e acessórios, cf. auto de apreensão de fls. 57/70), subtraíram ao menos R$ 53.128,00 pertencentes à CEF, armazenados em dois caixas eletrônicos, localizados na Avenida Beira-Mar, no município de Ilha Comprida, evadindo-se do local.
Segundo o responsável pela CEF (fls. 175), Vinicius Marim Marçal Teodoro, os dois terminais explodidos pela quadrilha armazenavam o total de R$ 211.309,00.
Ricardo, Danilo e André foram responsáveis pela explosão dos equipamentos e pela subtração das cédulas, enquanto Ede, Everton e Maxwell monitoravam eventual chegada da polícia.
Após a subtração dos valores, por volta de 7h00, policiais militares foram acionados para averiguarem uma informação de que um veículo importado Hyundai Tucson, preto, que poderia estar envolvido na explosão dos caixas eletrônicos, estava vindo de Ilha Comprida, sentido Iguape.
Os policiais militares, então, depararam-se com um veículo importado Hyundai preto, placa ESV 1982 - Osasco - SP, transitando pela Avenida Eduardo Ebano Pereira, não dando para ver quantos passageiros ocupavam o mesmo, já que os vidros eram filmados, veículo este que seguiu sentido Rodovia Pref. Casimiro Teixeira, sentido Rodovia Régis Bittencourt.
Os policiais militares fizeram o acompanhamento do veículo, sendo que, na altura da Peixaria Martins, Ricardo, Danilo e André, para assegurar a impunidade em relação aos demais crimes e para assegurar a vantagem proveniente do furto, tentaram matar os policiais José César Peniche Neto, Cláudio Luciano Bernardo de Oliveira e Luiz Antônio Gonçalves, por meio de disparos de arma de fogo, não consumando o crime por circunstâncias alheias às suas vontades, uma vez que os disparos atingiram o para-brisa e o para-lamas da viatura. Os estilhaços do para-brisa atingiram o PM Luiz. Durante a troca de tiros, ainda, a pedestre Jeniffer de Souza Ribeiro foi atingida por um projétil.
Após trinta quilômetros de acompanhamento policial, no sítio Guarani, situado na altura do Km 28 da Rodovia Prefeito Casimiro Teixeira, Bairro Itimirim, Iguape/SP, os denunciados desembarcaram do veículo e correram para dentro do matagal. Os policiais constataram que o veículo era produto de roubo e nele encontraram roupas, toucas ninja, duas bananas de dinamite, 26 munições de fuzil intactas e quatro deflagradas, pedaços do caixa eletrônico, um pedaço de uma cédula de cinquenta reais rasgada e um pé de cabra.
Em seguida os policiais chamaram reforços e efetuaram cerco no local, logrando deter o denunciado Ricardo, que, embora inicialmente alegasse ter sido sequestrado pelo grupo, posteriormente confirmou sua participação nos crimes. Com Ricardo foram encontrados um celular e R$ 249,00, sendo que o dinheiro estava com cheiro de queimado, Ricardo, ainda, informou o paradeiro dos denunciados Ede, Everton e Maxwell, descrevendo a função dos integrantes da quadrilha. Durante o cerco, também, a polícia localizou Danilo, que estava de colete e portava um fuzil e André, que estava de colete e portava uma pistola nove milímetros, municiada. Ao lado de ambos a polícia ainda logrou encontrar duas mochilas contendo cada uma um fuzil, municiados, celulares, roupas, dois coletes e um rádio comunicador HT, bem como uma bolsa contendo uma pistola 380, municiada e outra contendo o dinheiro subtraído.
Por meio de informação fornecida por Ricardo, os policiais localizaram Ede, Everton e Maxwell em uma residência alugada na Rua Santos Dumont, 419, próximo ao Boqueirão, Ilha Comprida/SP, na qual foram encontrados telefones celulares e um notebook de Ricardo. Ede e Everton admitiram que usavam os aparelhos para monitorarem eventual intervenção policial durante as ações criminosas.
Os denunciados foram presos em flagrante e, ouvidos em sede policial, preferiram permanecer em silêncio (fls. 20/25).
A título de ilustração, destacam-se as declarações prestadas pelas testemunhas e vítimas:
(...)
Vale também transcrever o teor dos Boletins de Ocorrência nº 546/2015 (fls. 39/40 e 55/56) e nº 555/2015 (fls. 48/50), sobre os fatos em tela:

> (...)
> A materialidade e a autoria dos crimes encontram-se demonstradas pelo auto de prisão em flagrante (fls. 26), depoimentos de Edenilso Delgado (fls. 02/03), Gilson Aparecido Vieira (fls. 04/05), Manoel das Mattas Paulino Filho (fls. 06), Robson de Souza Andrade (fls. 08/09), Sérgio Alves de Matos (fls. 10), Cláudio Luciano Bernardo de Oliveira (fls. 11/13), Luiz Antonio Gonçalves (fls. 14/16), José César Peniche Neto (fls. 17/19), Edwaldo de Aquino Rodrigues (fls. 198/199), BO 546/2015 (fls. 27/41), BO 2059 (fls. 42/44), BO 553/2015 (fls. 45/46), BO 555/2015 (fls. 47/50), Impressos Prodesp (fls. 51/53), Autos de Exibição e Apreensão e fotos (fls. 57/79), BO 567/2015 (fls. 192/194). (fls. 235/261).

*Do processo***.** A denúncia foi recebida em 15.04.15 (cfr. fls. 262/265).

Transcorrida a fase de formação da culpa, sobreveio decisão de pronúncia (fls. 788/794).

Contra a decisão que os pronunciou, Ricardo Pereira, Danilo Rapouso, André Fonseca, Ede Aguiar e Everton Oliveira interpuseram recurso em sentido estrito (cfr. fls. 877/888 e 889/892), parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido por este Tribunal (cfr. fls. 940/952).

O acusado Maxwell da Silva desistiu do recurso interposto contra a decisão de pronúncia e o processo foi desmembrado em relação a esse réu (cfr. fls. 874 e 894).

Levados a julgamento perante o Tribunal do Júri, Ricardo Pereira, Danilo Rapouso e André Fonseca foram condenados; Everton Oliveira e Ede Aguiar, absolvidos (cfr. fls. 1.118/1.145 e 1.040/1.085v.).

André Fonseca manifestou desejo em não recorrer da condenação; a decisão do Tribunal do Júri transitou em julgado em relação ao réu no dia 18.05.17 (cfr. fls. 1.107 e 1.109).

Interposto recurso de apelação pelos acusados Ricardo Pereira e Danilo Rapouso (cfr. fl. 1.108), e intimados os réus e seus defensores (cfr. fls. 1.189, 1.198 e 1.201), não foram apresentadas as razões recursais (cfr. fls. 1.190 e 1.202), motivo pelo qual lhes foi nomeado um Defensor Público Federal, que apresentou o arrazoado de fls. 1.204/1.210.

Nulidade do julgamento em plenário do Júri. Os réus alegam a existência de nulidade posterior à pronúncia, porque não formulado quesito sobre a tese de receptação culposa, suscitada no interrogatório em Plenário.

Não lhes assiste razão.

Segundo decorre do art. 571, VIII, do Código de Processo Penal, a eventual nulidade do julgamento em Plenário do Júri, inclusive aquela referente à formulação dos quesitos, deve ser arguida após sua ocorrência. Na espécie, porém, conforme se depreende da ata de julgamento (cfr. fls. 1.067/1.072), a ausência de indagação aos jurados sobre a receptação culposa não foi suscitada pelo defensor dos acusados após a formulação dos quesitos, restando, pois, preclusa.

Ainda, de acordo com § 2º do art. 483 do Código de Processo Penal, sendo respondidos afirmativamente os quesitos referentes à materialidade e à autoria ou participação, passa-se ao questionamento relativo à absolvição do réu, concentrando-se nesse único questionamento todas as teses sustentadas pelo acusado e por seu patrono. Logo, respondida negativamente pelos jurados a indagação acerca da absolvição dos acusados do delito de receptação dolosa (cfr. fls. 1.065/1.066), não haveria lugar para a formulação do quesito pretendido, não se constatando qualquer prejuízo à defesa dos réus.

Materialidade. Está comprovada a materialidade dos delitos imputados aos réus, conforme decorre dos seguintes elementos de convicção:

a) Boletim de Ocorrência n. 2.059/2014, elaborado pelo 48º DP desta Capital (Cidade Dutra), denotativo de que o veículo Tucson Hyundai, placas ESV-1982, utilizado pelos réus era produto de crime (cfr. fls. 42/44);

b) auto de exibição de apreensão de explosivos, coletes, toucas ninja, pistolas, fuzis e de R$ 53.128,00 (cinquenta e três mil, cento e vinte e oito reais) em espécie, subtraídos da CEF, dentre outros objetos relacionados aos fatos (fls. 57/79);

c) laudo pericial das armas de fogo e cartuchos (fls. 637/640, 644/651 e 670/671);

d) laudo pericial do veículo Tucson Hyundai, placas ESV-1982, indicando fratura no vidro traseiro, sem possibilidade de determinar a forma como foi produzida, além da apreensão de diversos materiais em seu interior, dentre os quais, 4 (quatro) cápsulas deflagradas do calibre .223 Remington (fls. 674/707);

e) laudo pericial do veículo VW/Parati, placas DJL-7563, viatura da Polícia Militar, indicando a existência de danos compatíveis com disparo de arma de arma de fogo e orientados "de frente para trás" (fl. 710) (fls. 710/714); e

f) laudo pericial do *notebook* e aparelhos celulares apreendidos em poder dos réus (fls. 716/737).

Autoria. Também a autoria delitiva está comprovada.

De acordo com a prova dos autos, no dia 28.03.15, por volta das 4h, na Av. Beira Mar, Ilha Comprida (SP), foram furtados R$ 53.128,00 (cinquenta e três mil, cento e vinte e oito reais) em espécie, da CEF, acondicionados em caixas eletrônicos, mediante concurso de agentes e destruição e rompimento de obstáculo com o uso de artefatos explosivos.

Após a subtração do numerário, por volta das 7h do dia 28.03.15, na Rod. Prefeito Casimiro Teixeira, na altura da Peixaria Martins, Porto Ribeira Iguape (SP), os Policiais Militares Cláudio Bernardo de Oliveira, Luiz Antônio Gonçalves e o José César Peniche, que ocupavam a viatura consistente do veículo VW/Parati, placas DJL-7563, foram alvejados por tiros de fuzil, que provocaram danos no para-lama dianteiro e no para-brisa da viatura, não tendo sido mortos por circunstâncias alheias à vontade dos agentes que atiraram, os quais viajavam no veículo Tucson Hyundai, placas ESV-1982, e que, após cerco policial, acabaram rendidos.

Os tiros também atingiram a pedestre Jeniffer de Souza Ribeiro, cujo abdome foi transfixado por um projétil.

Na ocasião, foram presos Ricardo Pereira, Danilo Rapouso e André Fonseca, que estavam no Tucson, produto de roubo (cfr. fls. 42/44). Juntamente com os acusados, foram encontrados o numerário furtado da CEF, além de coletes, toucas ninja, armas de fogo, acessórios e munições de uso restrito e artefatos explosivos (cfr. fls. 57/79).

O Laudo Pericial n. 151.660/2015 (fls. 643/651) indica que os fuzis e outras duas pistolas apreendidas por ocasião da prisão dos réus eram aptas a disparo, tendo sido constatada a presença de pólvora combusta para os três fuzis, fato denotativo de sua utilização. Nesse sentido, o Laudo Pericial n. 153.116/2015 indicou que os quatro cartuchos deflagrados, localizados no interior do veículo ocupado pelos acusados, eram compatíveis com as armas apreendidas na ocasião (cfr. fls. 670/671).

O Laudo Pericial n. 148.740/2015, realizado no Tucson Hyundai, placas ESV-1982, utilizado pelos réus, confirmou a existência de cápsulas deflagradas em seu interior, e comprovou, ainda, que o vidro traseiro estava fraturado, em situação condizente com o fato de ter sido atingido por disparo de arma de fogo ou de ter sido disparada arma de fogo através do vidro traseiro (cfr. fls. 672/707).

Perante o Júri, o Policial Militar Luiz Antônio Gonçalves, uma das vítimas das ações imputadas aos acusados, afirmou que, logo após ter acionado a sirene para que o veículo ocupado pelos réus parasse, foram efetuados vários disparos contra sua viatura. Os acusados estavam preparados para atirar e os policiais que estavam na viatura foram surpreendidos (cfr. mídia de fl. 1.059).

Em Plenário, os Policiais Militares José César Peniche e Cláudio Luciano, que também foram alvejados, afirmaram que logo após ter sido acionado o *giroflex* da viatura em que estavam, foram surpreendidos com uma rajada de tiros, disparados do veículo em que os acusados viajavam (cfr. mídia de fl. 1.059). O Policial Militar José César Peniche ressaltou que "eles (os acusados) atiraram de dentro do veículo (...), da parte de trás, chegou até a quebrar o vidro traseiro do veículo; (...) não dava para ver nada (o veículo era filmado); não esperava uns tiros" (cfr. mídia de fl. 1.059).

O Policial Militar Gilson Aparecido Vieira, outra testemunha ouvida em Plenário, ressaltou que "se eles (os acusados) tivessem a intenção (...) de atirar apenas para fugir, eles não atirariam no para-brisa da viatura, na direção do policial" (cfr. mídia de fl. 1.059).

Em Plenário, o réu André Fonseca, que não recorreu da condenação do Júri, admitiu o furto qualificado contra a CEF e a posse dos armamentos de uso restrito. Afirmou ter sido o autor das explosões dos caixas eletrônicos da CEF. Estava desempregado. Disse que foram os policiais que começaram a atirar, após ter diminuído a velocidade do automóvel em que estavam, ao avistarem o sinal de parada. Tanto o veículo quanto os armamentos foram alugados em São Paulo (SP) e pertenciam a uma mesma pessoa. Conhecia apenas os acusados Ricardo Pereira e Danilo Rapouso. Tomou a iniciativa do furto porque estava com dificuldades financeiras. Pagariam o aluguel do veículo e das armas com uma porcentagem do produto do furto. Acreditava que o veículo tinha algum problema, mas não pensava que estava relacionado com furto ou roubo. Estava dirigindo o automóvel quando os policiais atiraram. Não sabe explicar o motivo pelo qual os policiais acionaram a sirene antes de disparem contra o carro em que estava. Ao ouvir os tiros, arrancou com o carro. Desceram do automóvel sob os tiros dos policiais. Esconderam-se e avistou os policiais passarem no local do esconderijo umas duas vezes, em que teve oportunidade de atirar, mas nada fez. Não sabe explicar porque foram encontrados cartuchos deflagrados dentro do veículo que conduzia. Durante todo o tempo o fuzil e a pistola que traziam permaneceram guardados. Admitiu ter se associado aos demais acusados, em São Paulo, para a prática do furto contra a CEF. Acreditava que o veículo era oriundo de um "NP", não pagamento pelo antigo proprietário (cfr. mídia de fl. 1.059).

Perante o Júri, o acusado Danilo Rapouso admitiu a prática do furto qualificado contra CEF e a posse dos armamentos de uso restrito/ proibido. Declarou que se encontrou com os demais réus em São Paulo: "nós se encontramos em São Paulo; nós já se conhecia (sic), foi em São Paulo que nos reunimos". Negou os demais crimes. Segundo o réu, os policiais é que atiraram contra o veículo Tucson que ocupava. Em nenhum momento atirou contra os policiais. Desde a abordagem queria ter se rendido. Escondeu-se e avistou os policiais passarem no local do esconderijo mais de uma vez, mas nada fez, embora estivesse em condições de atirar. Pegou o carro emprestado perto da comunidade onde morava e não tinha ciência de que era roubado. As armas foram alugadas por conhecidos da pessoa que emprestou o carro. Nunca havia visto um fuzil. O aluguel do carro e das armas seria pago com uma porcentagem do produto do furto. Não sabe explicar porque foram encontrados cartuchos deflagrados dentro do veículo que ocupava. André Fonseca dirigia o veículo; Ricardo Pereira estava na frente, ao lado de André, e o acusado estava na parte de trás do veículo. O fuzil estava acondicionado numa sacola que o acusado trazia consigo, mas não o utilizou. Os policiais começaram a ati-

rar assim que pararam o veículo. Não sabe explicar o motivo pelo qual os policiais acionaram o *giroflex* antes de disparem contra o carro em que estava. Não quis explicar como conheceu os réus Ricardo e André. Portavam os armamentos somente para intimidar; não tencionavam matar ninguém. Não sabe explicar a existência de marcas de tiros na viatura policial. Em seu entendimento não estava associado em quadrilha com os demais réus (cfr. mídia de fl. 1.059).

Perante o Júri, o acusado Ricardo Pereira, que era Policial Militar à época dos fatos, admitiu a prática do crime de furto qualificado contra CEF. Declarou que conhecia pouco os demais réus (André Fonseca e Danilo Rapouso). Assim como os demais acusados, sustentou que os policiais é que começaram a atirar logo após o réu André Fonseca ter encostado o veículo. Não havia tempo para a utilização das armas que portavam, pois estavam acondicionadas em bolsas. Não há condições de o tiro de fuzil ter atingido o para-brisa do veículo sem que o policial acabasse ferido mortalmente. Admitiu a posse de três fuzis e uma pistola. Alugaram as armas. O veículo Tucson foi emprestado pelas mesmas pessoas que forneceram as armas. O veículo lhe foi apresentado como "cópia de seguro". Pesquisou a placa do carro e não constava nenhuma ocorrência. Conhecia pouco os outros acusados; foi a primeira vez que se reuniram. Encontraram-se em São Paulo. Portavam as armas somente para a subtração do dinheiro dos caixas eletrônicos. Não tencionavam matar ninguém. Não se atentou ao número do chassi e do motor do Tucson: "fui na palavra que o cara (sic) me falou; pra (sic) mim uma receptação perto de um porte (de arma) (...) era irrelevante". Achava que o veículo era réplica de seguro. Os Policiais Militares que são apontados como vítimas estão querendo "botar o problema deles em cima do acusado", como fazem todos os policiais. Não atirou em ninguém. Fuzil não dá rajada; portanto, é mentirosa a afirmação de que teriam surpreendido os Policiais Militares com uma rajada de tiros. Não sabe dizer porque os policiais estão mentindo. Não sabe explicar a existência de marcas de tiros na viatura. Ficou sabendo dessas marcas somente durante o processo. O Tucson foi emprestado por um amigo comum do acusado e dos réus André e Danilo. A ideia do furto foi concebida em São Paulo. Admite somente a prática do furto qualificado contra a CEF, do porte de armas de uso restrito e da associação criminosa. Foi expulso da Polícia Militar. Quando da abordagem pela viatura da Polícia Militar pretendia conversar com os policiais. Era arriscado atirar. O réu e os demais acusados poderiam morrer. Receberam quarenta e cinco tiros dos policiais. Não é usual um Policial Militar treinar com um fuzil. Admitiu que procurou a pior maneira de resolver seus problemas (cfr. mídia de fl. 1.059).

Apesar da negativa dos réus, os testemunhos coligidos em plenário são uníssonos quanto à iniciativa dos acusados de atirarem ao serem abordados pelos milicianos, bem como que, ao efetuar os tiros, os acusados, que portavam coletes à prova de balas, assumiram o risco de provocar a morte dos policiais, tendo acertado o para-brisa do veículo, cujos estilhaços feriram o rosto do Policial Militar Luiz Antônio Gonçalves.

As provas dos autos também indicam que os tiros efetuados a partir do automóvel tripulado pelos acusados não foram previstos pelos policiais, em especial porque as janelas do veículo estavam revestidas de películas que dificultavam visualizar o que acontecia em seu interior.

Assim, tendo os Policiais Militares sido abordados de forma inesperada pelos tiros efetuados pelos réus, o que impossibilitou a reação dos milicianos, justifica-se a incidência da qualificadora do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal.

Os elementos de convicção são suficientes para se concluir que os réus deviam ter ciência de que o veículo Tucson Hyundai, placas ESV-1982, que utilizavam, era produto de crime. Com efeito, depreende-se do interrogatório do acusados Ricardo Pereira, Danilo Rapouso e André Fonseca que o automóvel foi entregue pela mesma pessoa que forneceu os armamentos de uso proibido, fato esse que, a par da falta de comprovação da regular aquisição do veículo,

permite afirmar que os réus deveriam saber que o bem tinha origem ilícita e, agiram, pois, com dolo eventual.

André Fonseca, Ricardo Pereira e Danilo Rapouso também admitiram terem se conhecido antes da prática dos ilícitos. As declarações dos acusados, aliadas a circunstância de terem sido flagrados em poder de relevante quantidade de armamento e munições, assim como de explosivos e petrechos utilizados para a prática de crimes, mais especificamente o furto de cofres de caixas eletrônicos mediante o uso de explosivos, indicam, *quantum satis*, que, para além dos crimes apurados nestes autos, praticariam outros análogos.

Nada obstante, a associação de Ricardo Pereira, Policial Militar, com os demais acusados somente encontra explicação uma vez admitido que se conheciam suficientemente bem e estava associados para a prática de crimes, ante o risco que corriam de serem presos por Ricardo na hipótese contrária.

Depreende-se, pois, que decisão dos jurados é possível de ser inferida das provas dos autos e, assim, deve ser mantida a condenação dos acusados pelos crimes do art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/03; art. 121, § 2º, IV e V, c. c. o art. 14, II, ambos do Código Penal, por três vezes; art. 155, § 4º, I e IV; art. 180, *caput*, e art. 288, parágrafo único, todos do Código Penal.

Dosimetria. Tentativa de homicídio qualificado. Com base no art. 59 do Código Penal e considerando que os acusados praticaram o crime de inopino, recurso que dificultou a defesa dos Policiais Militares, e também para assegurar a vantagem do crime de furto qualificado praticado contra a CEF, o Juiz Presidente do Júri fixou a pena-base dos acusados 1/12 (um doze avos) acima do mínimo legal, em 13 (treze) anos de reclusão.

Ausentes agravantes, atenuantes, majorantes e minorantes, mas tendo em vista a tentativa de homicídio praticada contra três Policias Militares nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, a pena foi majorada em 1/5 (um quinto), nos termos do art. 71 do Código Penal (continuidade delitiva), atingindo 15 (quinze) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão.

Ante a não consumação do crime, mas considerando que os disparos atingiram a viatura policial, que restou danificada em seu para-brisa e para-lama dianteiros, a pena dos acusados foi diminuída em ½ (metade), tornando-se definitiva em 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão.

Em suas razões recursais, os réus alegam que o *iter criminis* do homicídio não se aproximou da consumação, o que justificaria a redução da pena superior à metade.

Sem razão.

Na espécie, embora os acusados não tenham logrado matar os Policiais Militares que os perseguiam, foram efetuados inúmeros disparos em direção à viatura policial, que sofreu danos de considerável monta, tendo sido atingindo, inclusive, um pedestre. Dado o significativo perigo representado pela ação dos réus, a redução da pena em ½ (metade) pela tentativa figura-se razoável e merece ser mantida.

Logo, a pena pela tentativa de homicídio qualificado fica mantida, para cada um dos réus, em 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, tal como aplicada pelo Juiz Presidente do Júri.

Furto qualificado. Com base no art. 59 do Código Penal e considerando que os acusados praticaram o crime em concurso de pessoas e mediante o rompimento de obstáculo a subtração da coisa (o interior dos cofres dos caixas eletrônicos foram acessados mediante o uso de explosivos), o Juiz Presidente do Júri fixou a pena-base dos acusados 1/10 (um décimo) acima

do mínimo legal, em 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

A pena-base foi reduzida em razão da confissão espontânea dos acusados (CP, art. 65, III, *d*) e, ausentes agravantes, minorantes e majorantes, tornou-se definitiva em 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão.

Observados os mesmos critérios que nortearam a dosimetria da pena de reclusão, a pena de multa foi arbitrada em 15 (quinze) dias-multa.

Em seu apelo, os réus alegam:

a) a qualificadora do concurso de pessoas que incidiu sobre a pena do crime de furto é incompatível com a condenação pelo delito de associação criminosa; e

b) a redução da pena-base do delito de furto em razão da confissão foi inferior àquela que seria devida.

Não lhes assiste razão.

O concurso material entre o delito de associação criminosa e o de furto qualificado pelo concurso de agentes não caracteriza *bis in idem*, porquanto os bens jurídicos tutelados são distintos e autônomos (STJ, HC n. 26278-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18.11.03).

Ademais, na espécie, além do concurso de agentes, o furto também foi qualificado pelo rompimento de obstáculo a subtração da coisa (CPP, art. 155, § 4º, I). Essa circunstância, por si só, justificaria a majoração da pena-base na fração aplicada pelo Juiz Presidente do Júri, 1/10 (um décimo).

A diminuição da pena pela atenuante da confissão espontânea, que subtraiu 1 (um) mês da pena-base, afigura-se razoável tendo em vista as circunstâncias subjacentes à prática delitiva.

Assim, para cada um dos acusados, a pena de furto qualificado fica mantida nos termos em que aplicada pelo Juiz Presidente do Júri, isto é, em 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa.

Porte de arma de uso restrito. A pena do crime do art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/03 restou fixada no mínimo legal, a saber, 3 (três) anos de reclusão. A pena de multa foi arbitrada em 15 (quinze) dias-multa. Na falta de impugnação das partes, as penas ficam mantidas nesses termos.

Receptação dolosa. A pena do crime do art. 180, *caput*, do Código Penal foi aplicada no mínimo legal, isto é, 1 (um) ano de reclusão. A pena de multa foi arbitrada em 15 (quinze) dias-multa. Na falta de impugnação das partes, as penas ficam mantidas nesses termos.

Associação criminosa armada. A pena-base do crime do art. 288, do Código Penal foi aplicada no mínimo legal, isto é, 1 (um) ano de reclusão. Tendo em vista os armamentos apreendidos em poder dos acusados (fuzis, pistola de uso proibido / restrito, dinamite - cfr. fls. 84/108 e 138/150), incidiu a causa de aumento do art. 288, parágrafo único, do Código Penal, e a pena foi aumentada em ½ (metade), tornando-se definitiva em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão. Na falta de impugnação das partes, fica mantida a pena.

Valor da pena de multa. O valor da pena de multa aplicada aos réus que, em razão do concurso material (CP, art. 69), totalizou 45 (quarenta e cinco) dias-multa, foi fixado em 1/20 (um vinte avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Os acusados alegam que o valor da pena de multa é excessivo, tendo em vista que seu atual rendimento não é igual àquele ao tempo dos fatos e que baseou o arbitramento do montante da pena.

Sem razão.

Depreende-se dos autos que Ricardo Pereira ocupava o cargo de Policial Militar e auferia renda mensal de R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais) até ser demitido pelos crimes praticados nestes autos (cfr. fl. 1.056). Danilo Rapouso, por sua vez, era vendedor, e percebia R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) (cfr. fl. 1.057).

O fato de os acusados terem ficado sem rendimentos após a prisão e condenação, por si só, não justifica a redução do valor da pena de multa, tendo em vista que a sua situação econômica não se confunde nem se resume ao respectivo salário ou rendimento atual, e não foram produzidas quaisquer provas da total impossibilidade do pagamento da pena nos termos em que aplicada.

Processo penal. Abandono. Aplicação de multa (CPP, art. 265). Configura abandono de causa punível com multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos a hipótese de o advogado que, intimado para praticar qualquer ato do processo, deixa injustificadamente de fazê-lo, nos termos do *caput* do art. 265 do Código de Processo Penal:

> Art. 265. O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

> MANDADO DE SEGURANÇA. ABANDONO DE CAUSA. MULTA. ARTIGO 265 CPP. RESPONSABILIDADE PELA ATUAÇÃO EM FEITO QUE TRAMITA EM OUTRO ESTADO. RENÚNCIA INJUSTIFICADA. SEGURANÇA DENEGADA.
> 1. O abandono da causa previsto no artigo 265 do CPP pode se caracterizar por meio indireto, ou seja, quando o advogado deixa de cumprir atos indispensáveis à sua alçada.
> 2. Os impetrantes foram intimados para manifestação acerca do artigo 402 do CPP e quedaram-se inertes. Intimados para a apresentação de memoriais, também não se manifestaram. Novamente intimados para apresentarem memoriais, sob pena de aplicação da multa prevista no artigo 265 do CPP, renunciaram ao mandato outorgado pelos réus e requereram a nomeação de defensor público para o oferecimento dos aludidos memoriais.
> 3. Quando os impetrantes assumiram a defesa dos réus na ação penal nos anos de 2008 e 2009, sabiam que o processo tramitava perante a Subseção Judiciária de São Paulo e mesmo assim se responsabilizaram pela atuação no feito.
> 4. O juízo de primeiro grau não pode ser onerado com a extração integral de cópias da ação penal, pelo simples fato dos impetrantes residirem em outro Estado.
> 5. A renúncia ao mandato, além de injustificada, compromete o andamento do feito principal.
> 6. O magistrado decidiu com acerto ao aplicar a multa prevista no artigo 265 do Código de Processo Penal.
> 7. Segurança denegada.
> (TRF da 3ª Região, MS n. 2013.03.00.000418-6, Rel. Des. Fed. Vesna Kolmar, j. 20.06.13).

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. (...). MULTA POR ABANDONO DO PROCESSO. APELOS DESPROVIDOS.
> (...)
> 10. Aplicada ao causídico a pena de 10 (dez) dez salários mínimos por abandono do processo, nos termos do artigo 264 do Código de Processo Penal
> 11. Apelação da acusação a que se nega provimento, provendo-se parcialmente o recurso da Defensoria Pública da União.
> (TRF da 3ª Região, ACR n. 2005.61.81.004374-8, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, j. 29.05.12).

PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA - (...) - CARACTERIZADO O ABANDONO DE CAUSA, IMPÕE-SE A APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 265 DO CPP, EM VALOR COMPATÍVEL COM A IMPORTÂNCIA DO ATO OMITIDO E DA FASE PROCESSUAL EM QUE SE APUROU O ABANDONO.
1. Réu condenado pela prática do crime de apropriação indébita previdenciária.
(...)
5. Por outro lado, comprovado o abandono de causa pelo anterior causídico, impõe-se a aplicação de multa, nos termos do artigo 265 do CPP, em valor que seja compatível com a fase processual e com a importância do ato omitido. Neste caso concreto, tratando-se de alegações finais de defesa, peça da mais alta relevância no processo penal, por ter o condão de definir os rumos do feito e sem a qual não se pode dar cabo do procedimento, gerando mais lentidão no processamento e relativa demora para sua ausência ser devidamente equacionada pelo condutor do processo, a multa deve ser de 50 salários mínimos, vigentes à época do abandono, corrigidos monetariamente.
(...).
7. Preliminar de nulidade acolhida. Aplicação de multa por abandono do processo. Expedição de ofício à Procuradoria da Fazenda Nacional. Exame do mérito recursal prejudicado.
(TRF da 3ª Região, ACR n. 2003.61.81.009574-0, Rel. Juiz Fed. Conv. Alessandro Diaferia, j. 10.04.12).

Do caso dos autos. O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Uendel Domingues Ugatti, manifestou-se pela aplicação de multa aos ex-advogados dos acusados, Drs. Luiz Carlos Reimann Luz e Eduardo Presto Luz, em razão do abandono do processo (CPP, art. 265), pois, conquanto intimados, não apresentaram as razões recursais (cfr. fls. 1.189/1.190 e 1.243/1.250).

Indefiro o pleito, tendo em vista que se tratou de uma desídia de pequena monta.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* à apelação e *INDEFIRO* o pedido de aplicação de multa aos ex-advogados dos acusados.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0008974-63.2015.4.03.6181
(2015.61.81.008974-2)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E BONIFÁCIO PIRES CARDOSO
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO
Classe do Processo: Ap. 73138
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/05/2018

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O MEIO-AMBIENTE. MANUTENÇÃO DE AVES EM CATIVEIRO. PERDÃO JUDICIAL. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AVE AMEAÇADA DE EXTINÇÃO. INABLICABILIDADE. USO DE SINAL PÚBLICO FALSO. ANILHAS PARA PÁSSAROS. MATERIALIDADE E AUTORIA PRESENTES. DOLO CONFIGURADO. ART. 29, § 4º, I DA LEI. 9605/98. APLICAÇÃO. APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO PROVIDA E DA DEFESA DESPROVIDA.
1. Conforme o Decreto 56.031/2010 (com alteração legislativa pelo Decreto 60.133/2014) e Lista Nacional de Espécimes da Fauna Brasileira Ameaçada de Extinção (IN 01/01-MMA), aves encontradas em poder do acusado são consideradas espécies da fauna silvestre ameaçadas de extinção, o que torna inaplicável a extinção da punibilidade pela aplicação do perdão judicial para delito previsto no artigo 29, § 1º, III da Lei 9.605/98.
2. Inaplicável o princípio da insignificância quanto ao crime previsto no artigo 29, § 1º, III, da Lei 9.605/98, pois as aves apreendidas eram pertencentes à fauna silvestre brasileira, dentre as quais haviam espécies ameaçadas de extinção, e o bem juridicamente tutelado não se resume na proteção de alguns espécimes, mas sim do ecossistema, como um todo, que está ligado, intimamente, à política de proteção ao meio ambiente, como direito fundamental do ser humano, direito de ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado.
3. Quanto ao delito previsto no artigo 296, § 1º, I, do CP, a materialidade e autoria delitivas, assim como o dolo estão demonstrados.
4. Não há ausência de dolo. Não é crível que o réu-apelante, possuindo familiaridade com os trâmites e procedimentos para regularização da guarda das aves perante o IBAMA, não fosse capaz de reconhecer e tecer a diferenciação entre anilhas autênticas e falsas. Dessa forma, sendo certo que os pássaros foram encontrados em sua residência, configurando situação de flagrante delito, e que o réu-apelante não logrou êxito em provar que os pássaros apreendidos já foram adquiridos com as respectivas anilhas, a alegação de desconhecimento das mesmas resta prejudicada.
5. Dosimetria. Aplicação da causa de aumento 29, § 4º, I, da lei ambiental, frente laudo ambiental atestando a existência de espécies em extinção na posse do réu.
6. Pena-base do art. 296, § 1º, I, do CP fixada com observância ao disposto no artigo 59 do Código Penal.
7. Os crimes pelos quais o réu-apelante foi condenado tutelam bens jurídicos diversos

e decorrem de ações diversas, dessa forma deve se aplicar o concurso material entre os crimes.
8. Por ser medida socialmente recomendável, com fundamento no artigo 44, I e III e § 3º do Código Penal, a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, é medida de rigor.
9. Recurso da defesa desprovido e da acusação provido.

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 *negar provimento ao recurso da defesa e dar provimento* ao recurso da acusação, para condenar o réu Bonifácio Pires Cardoso por prática do crime previsto no art. 296, § 1º, III, do Código Penal e reconhecer a incidência da causa de aumento de pena do art. 29, § 4º, I, da Lei n. 9.605/98, de que resulta a condenação do réu às penas de 2 (dois) anos de reclusão e 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção, em regime inicial aberto, e 37 (trinta e sete) dias-multa, no mínimo valor unitário, por prática dos crimes previstos no art. 29, § 1º, III, da Lei n. 9.605/98, e no art. 296, § 1º, III, do Código Penal, em concurso material de crimes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de abril de 2018.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo *Ministério Público Federal* e por *Bonifácio Pires Cardoso* contra a r. sentença de fls. 370/379, que condenou o réu à pena de 10 (dez) meses de detenção, a ser cumprida em regime aberto e 18 (dezoito) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente a época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 29, §1º, III, c.c. § 4º, I, da Lei 9.605/98, substituída a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito consistente em prestação de serviços à comunidade. E Absolveu o réu da imputação da prática do crime previsto no artigo 296, § 1º, III, do Código Penal, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, por não existir prova suficiente para a condenação e igualmente deixou de aplicar a causa de aumento do art. 29, § 4º da Lei 9.605/98, por ausência de dolo.

Em suas razões recursais (fls. 381/384-vº), o *Ministério Público Federal* requer a reforma da sentença para condenação, pelo crime de uso de selo falsificado nas penas do artigo 296, § 1º, III do Código Penal, como indicado na denúncia.

Em suas razões recursais (fls. 248/255), a defesa de *Bonifácio Pires Cardoso* requer a aplicação do Princípio da Insignificância ou, subsidiariamente, aplicar a causa de excludente de punibilidade, nos termos do artigo 29, §2º da Lei 9.605/98.

Contrarrazões da defesa e da acusação apresentadas respectivamente às fls. 387/395 e fls. 407/408.

A Procuradoria Regional da República opinou pelo não provimento do recurso da defesa e pelo provimento do recurso da acusação (fls. 410/414-vº).

É o relatório.

À revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Consta dos autos que *Bonifácio Pires Cardoso* foi denunciado pela prática dos crimes previstos nos artigos 296, §1º, III, do CP e 29, §1º, III, e § 4º , I da Lei 9.605/98, por manter em cativeiro diversos pássaros de fauna silvestre, dentre os quais cinco são espécies ameaçadas de extinção, bem como por fazer o uso de anilhas adulteradas.

Narra à denúncia que, em 17/10/2012, foram apreendidas na propriedade do réu 31 (trinta e um) pássaros pertencentes à fauna silvestre nativa, sendo que 07 (sete) delas anilhadas, constatou-se que 4 (quatro) anilhas possuem indícios de adulteração.

Consta ainda, que 08 (oito) dessas aves apreendidas estão na Lista Nacional de Espécimes da Fauna Brasileira Ameaçada de Extinção (IN 01/01- MMA) e do decreto nº 53.494-2008/SP, quais sejam: 02 cigarras verdadeiras, 03 pixoxós, 01 caboclinho e 02 azulões.

Após o processamento regular do feito, o Juiz de primeiro grau condenou o réu à pena de 10 (dez) meses de detenção, a ser cumprida em regime aberto e 18 (dezoito) dias-multa, no valor de 1 (um) salário mínimo pela prática do delito previsto no artigo 29, §1º, III, c.c. § 4º, I, da Lei 9.605/98, substituída por uma pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade. E Absolveu o réu da imputação da prática do crime previsto no artigo 296, § 1º, III, do Código Penal, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, por não existir prova suficiente para a condenação e igualmente deixou de aplicar a causa de aumento do art. 29, § 4º da Lei 9.605/98, por ausência de dolo. (fl. 370/377)

Passo à matéria devolvida.

Inicialmente, a defesa pleiteia a absolvição dos acusado, mediante a incidência do Princípio da Insignificância.

Não merece acolhimento tal alegação.

Da inaplicabilidade do princípio da insignificância ao caso concreto

Não se pode aceitar, nesta hipótese fática, tratar-se de caso a ser abrangido pela teoria do princípio da insignificância penal, sendo preciso consignar que o bem juridicamente tutelado não se resume na proteção de alguns espécimes, mas sim do ecossistema, como um todo, que está ligado, intimamente, à política de proteção ao meio ambiente, como direito fundamental do ser humano, direito de ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Na verdade, a lei cuida não só da proteção do meio ambiente em prol de uma melhor qualidade de vida da sociedade hodierna, como também das futuras gerações, em obediência ao princípio da solidariedade em relação aos que estão por vir, previsto no artigo 225 da Carta Magna (direito fundamental de terceira geração).

No particular, a quantidade de aves apreendidas não desnatura o disposto no artigo 29, §1º, III, da Lei n. 9.605/98, os quais punem o ato de quem guarda, mantém em cativeiro ou depósito espécimes da fauna silvestre nativa sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.

Outrossim, não é irrisório o fato de terem sido apreendidas na propriedade do réu 31

(trinta e uma) aves, das quais 8 (oito) aves (3 Pixoxós, 2 Cigarras Verdadeiras, 2 azulões e 1 caboclinho) constam da Lista Nacional das Espécies da Fauna Brasileira Ameaçada de Extinção (IN MMA nº 003/2003) e do Decreto nº 53.494.2008/SP (Espécies de mamíferos, aves, répteis, anfíbios e peixes de água doce ameaçados de extinção no Estado de São Paulo (fls. 33/52).

Portanto, não há que se falar em insignificância havendo patente risco ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A defesa requer ainda, *a extinção da punibilidade* do acusado através do perdão judicial, com fundamento no § 2º do art. 29 da Lei n. 9.605/98, sob a alegação de que o réu mantinha os animais apreendidos apenas para fins domésticos, e que os animais eram dóceis, apresentando bom estado de saúde e higiene.

Não merece prosperar tal alegação.

Nos termos do artigo 29, § 2º da Lei 9.605/98, "No caso de guarda doméstica de espécie silvestre *não considerada ameaçada de extinção*, pode o juiz, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a pena." (grifo nosso).

No entanto, Lista Nacional das Espécies da Fauna Brasileira Ameaçada de Extinção (IN MMA nº 003/2003) e do Decreto nº 53.494.2008/SP (Espécies de mamíferos, aves, répteis, anfíbios e peixes de água doce ameaçados de extinção no Estado de São Paulo), as aves Pixoxós, Cigarras Verdadeiras azulões e caboclinho, encontradas em poder do acusado (fls. 33/52), são consideradas espécies da fauna silvestre ameaçadas de extinção, o que torna inaplicável a extinção da punibilidade pela aplicação do perdão judicial.

Desta feita, a manutenção da condenação quanto ao delito previsto no artigo 29, §1º, III, da Lei 9.605/98 é medida que se impõe.

Das anilhas adulteradas

Quanto ao delito previsto no artigo 296, § 1º, I do Código Penal, o Juiz de primeiro grau utilizou-se dos seguintes fundamentos para absolvição (fl. 375/376-v):

> O CRIME PREVISTO NO ARTIGO 296, 1º, III, DO CÓDIGO PENAL. No tocante à imputação do crime de uso de sinal falsificado, observo que das trinta e uma aves apreendidas, apenas sete apresentavam anilhas, sendo quatro delas falsas. Nesse contexto, a falsidade das anilhas foi atestada pelo laudo de pericial criminal nº 4375/2012 (fls. 33/52), o qual concluiu que: "Das 07 (sete) anilhas examinadas, em 01 (uma) não foram encontradas desconformidades, 02 (duas) foram consideradas desconformes e 04 (quatro) são falsas." Contudo, não restou demonstrado o uso da anilha falsificada pelos acusado. Em seu interrogatório, o acusado asseverou que por ser um criador de aves amador, o modo como obtinha as aves e aumentava o número de animais da sua criação era basicamente a troca informal de aves com outros criadores. Prosseguindo seu relato, o acusado afirmou que as aves já vieram anilhadas pelos proprietários anteriores no momento de sua aquisição e que não retirou as anilhas, inclusive, pela possibilidade de lesionar as aves na tentativa de remoção.Desse modo, não há prova suficiente de que referidas anilhas foram inseridas nas patas dos animais com o fito de conferir uma aparência de legalidade para ulterior possível negociação de tais espécimes da fauna silvestre, de sorte *não há prova bastante da vontade livre e consciente (elemento subjetivo) de fazer uso do sinal público (anilha) falsificado. Corrobora tal ilação o fato de que alguns pássaros se encontravam anilhados e outros não.* De fato, das trinta e uma aves apreendidas, apenas sete apresentavam anilhas, sendo quatro delas falsas. Ora, se o intuito do acusado era dar uma aparência de legalidade à venda de tais animais silvestres, seria lógico que todas estivessem com anilhas. Destarte, impõe-se a absolvição do acusado BONIFÁCIO PIRES *CARDOSO por insuficiência de prova do dolo em relação a fazer uso das anilhas falsificadas.* Passo, então,

> à aplicação da pena, relativamente ao crime do artigo 29, 1º, III da Lei 9.605/98, conforme o critério trifásico determinado pelo art. 68 do Código Penal brasileiro. (grifo nosso).

A acusação requer a condenação do réu nas penas do art. 296, § 1º, I do Código Penal, conforme descrito na denúncia.

Assiste razão.

A *materialidade* do delito previsto no artigo 296, §1º, I, do CP está demonstrada pelos seguintes elementos: a) Auto Circunstanciado de Busca e Apreensão (fls. 04/07); b) Mandado de Busca e Apreensão nº 24/2012; Auto de Homologação de Apreensão (fl. 26) e; c) Laudo de Perícia Criminal Federal (fls. 33/52). De fato, concluiu-se que as anilhas de números 2942, 069746, 082201 e 153937, eram falsas, e as anilhas "26 2000 1 PBOSO" e "26 2000 SPC 409" possuíam diâmetros maiores do que o recomendado para a espécie.

A *autoria* foi evidenciada pela oitiva da testemunha de acusação e pelo interrogatório judicial do acusado (mídia- fl. 349).

O dolo também restou comprovado, diversamente do alegado em sentença.

Em interrogatório judicial, o réu admitiu a posse das aves localizadas em sua residência. Afirmou que criava pássaros desde os 12 (doze) anos, mas ao longo do tempo essa atividade tornou-se complicada. Os passarinheiros, denominação dos criadores de pássaros, costumam trocar as aves entre si, em eventos como churrascos realizados para exibição e disputas de canto dos animais. Foi dessa forma, mediante troca com outros passarinheiros, que adquiriu as aves mantidas em sua casa. Quanto às anilhas, no entanto, não as falsificou. Não haveria sentido ter falsificado apenas 6 (seis) anilhas, deixando as demais aves sem os anéis de identificação. Não comercializava os pássaros. Não era "criança", sabia que era proibido manter aves em cativeiro, no entanto desconhecia que a atividade acarretasse um problema tão grande. Sabia diferenciar as espécies, mas não era capaz de dizer se estavam ou não em extinção. As anilhas já vieram com os pássaros. Elas não saíam, eram muito delicadas e não tinha sequer coragem de tentar extrai-las. Já passou por problema semelhante ao dos autos há cerca de 8 (oito) anos. Na ocasião, presenteara um amigo com uma ave trinca-ferro. Estava no caminho para o rodoanel, cuja direção iria indicar a esse amigo, quando foram parados pela Polícia, que perguntou se havia mais pássaros. Respondeu o que tinha de responder e pagou o que devia. Reiterou que, quanto às anilhas, se houvesse de falsificá-las, faria isso para todos os pássaros a fim de demonstrar que estava legalizado em eventual solicitação policial. Não tinha paquímetro em casa. O servidor do Ibama realizou as medições. Disse-lhe que já recebera os pássaros anilhados. A criação de pássaros de forma legalizada até existe, mas não é algo possível para pessoas assalariadas como o réu. Um pássaro trinca-ferro, por exemplo, custa R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). Cada um de seus pássaros dispunha de gaiola, inclusive o Delegado afirmou que não havia nada de negativo para falar nesse aspecto (mídia - fl. 349).

Em seu depoimento testemunhal, Fabiola Souza Dias Toledo, acompanhou a apreensão das aves, mas não tinha capacitação técnica para opinar quanto as anilhas, não sabendo apontar se eram falsas ou não (fl. 57/65). Somente com a perícia criminal é que foi possível identificar a falsidade e adulteração de 06 anilhas (fl. 57/65).

Contudo, embora o acusado tenha tentado construir uma versão de que teria agido de boa-fé, tal versão acerca dos fatos não foi confirmada no decorrer da instrução criminal, o que demonstra a total ausência de credibilidade quanto a falta de dolo em praticar a conduta.

Constata-se que o acusado afirmou que criava pássaros desde os 12 (doze) anos de idade, já fora autuado anteriormente por prática semelhante e, conforme se verifica à fl. 76, estava

registrado como criador de passeriformes junto ao Ibama desde o ano de 2004.

Ora, não é crível que o réu-apelante, possuindo larga experiência e familiaridade com os trâmites e procedimentos para regularização da guarda das aves perante o IBAMA, não fosse capaz de reconhecer e tecer a diferenciação entre anilhas autênticas e falsas, haja vista que algumas foram tidas de plano inautênticas, sem a necessidade de maior análise dos objetos apreendidos.

Dessa forma, sendo certo que os pássaros foram encontrados em sua residência, configurando situação de flagrante delito, e que o réu-apelante não logrou êxito em provar que os pássaros apreendidos já foram adquiridos com as respectivas anilhas, a alegação de desconhecimento da falsidade resta prejudicada.

Anote-se ainda, que para a configuração do tipo previsto no art. 296, §1º, III, do CP, exige-se apenas o dolo genérico, consubstanciado na vontade livre e consciente de realizar a conduta prevista no tipo, qual seja, fazer uso de selo ou sinal falsificado. Não se exige elemento subjetivo específico.

Assim, não resta dúvida quanto à responsabilização do réu, não sendo possível extrair dos autos a ausência de dolo ou mesmo a insuficiência probatória da sua existência.

Portanto, plenamente configurados a materialidade e autoria dos delitos em questão, não sendo possível extrair dos autos a ausência de dolo ou mesmo a insuficiência probatória da sua existência.

Desse modo, deve ser reformada a sentença para condenar BONIFÁCIO PIRES CARDOSO quanto ao delito previsto no artigo 296, § 1º, I do Código Penal. E deve ser mantida sua condenação, pela prática do crime previsto no artigo 29, §1º, III, da Lei 9.605/98.

Passo à *dosimetria da pena*.

Do Crime previsto no artigo 29, §1º, III, da Lei 9.605/98.

Na *primeira fase* da dosimetria, a fixação da pena-base não foi objeto de recurso interposto na Superior Instância, razão pela qual mantenho a pena em 10 (dez) meses de detenção e 18 (dezoito) dias-multa, tal como fixado na sentença.

Na *segunda fase* da dosimetria, observo não haver agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Na *terceira fase* da dosimetria, o Ministério Público requer a aplicação do aumento de pena previsto no artigo 29,§ 4º, I da Lei n. 9.605/98, uma vez que restou comprovada a guarda por parte do réu de 08 aves ameaçadas de extinção.

Assiste razão a acusação.

Há comprovação Laudo de Perícia Criminal nas fls. 45/46 que as aves Pixoxós, Cigarras Verdadeiras azulões e caboclinho, encontradas em poder do acusado, são consideradas espécies da fauna silvestre ameaçadas de extinção pela Lista Nacional das Espécies da Fauna Brasileira Ameaçada de Extinção (IN MMA nº 003/2003) e pelo Decreto nº 53.494.2008/SP.

Dessa forma, estando comprovada que havia oito animais catalogados como espécies ameaçadas de extinção (cfr. fl. 33/52), deve ser aplicada a causa de aumento de pena prevista pelo artigo 29, §4º, da Lei n. 9.605/98, razão pela qual majoro a pena aplicada na fração de 1/2 (um meio) e fixo-as em *01 (um) ano, 3 (três) meses de detenção e 27 (vinte e sete) dias-multa*.

Do Crime previsto no artigo 296, §1º, I, do Código Penal

O artigo 59 do Código Penal estabelece as circunstâncias judiciais que devem ser consideradas na fixação da pena: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do

agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima.

A culpabilidade mostra-se comum à espécie e, não justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Além das circunstâncias do delito não demonstra nenhuma estranheza ao tipo penal.

No que tange às demais circunstâncias judiciais, verifica-se que figuram inerentes à espécie delitiva em apreço.

Diante disso, ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo a pena-base no mínimo legal, *2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa*, resultado que torno definitivo diante da ausência de circunstâncias atenuantes, agravantes, causas de diminuição ou de aumento de pena.

Concurso de crimes.

Considerando que o réu praticou dois crimes (CP, art. 296, § 1º, III e Lei n. 9.605/98, art. 29, § 1º, III) com natureza distinta, somo as penas calculadas para cada delito, na forma do art. 69 do Código Penal, e assim obtenho o resultado definitivo de *2 (dois) anos de reclusão, 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção e 37 (trinta e sete) dias-multa*.

Fixo o regime inicial aberto, considerando a quantidade de pena aplicada, com fundamento no art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Presentes os requisitos do art. 44, incisos I e III, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária de 1 (um) salário mínimo em favor de entidade beneficente e prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, pelo mesmo tempo da pena privativa de liberdade, a ser definida pelo Juízo da Execução.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* ao recurso da defesa e *DOU PROVIMENTO* ao recurso da acusação para condenar o réu Bonifácio Pires Cardoso por prática do crime previsto no art. 296, § 1º, III, do Código Penal e reconhecer a incidência da causa de aumento de pena do art. 29, § 4º, I, da Lei n. 9.605/98, de que resulta a condenação do réu às penas de 2 (dois) anos de reclusão e 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção, em regime inicial aberto, e 37 (trinta e sete) dias-multa, no mínimo valor unitário, por prática dos crimes previstos no art. 29, § 1º, III, da Lei n. 9.605/98, e no art. 296, § 1º, III, do Código Penal, em concurso material de crimes.

É como voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0002069-05.2017.4.03.6106
(2017.61.06.002069-7)

Apelante: MARCOS VINICIUS RODRIGUES DA SILVA (réu preso)
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Classe do Processo: Ap. 73299
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/05/2018

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS E DE ARMAS. MATERIALIDADE E AUTORIA. CONCURSO. DOSIMETRIA DA PENA.
1. Materialidade e autoria comprovadas para ambos os crimes.
2. Considerando a jurisprudência das Turmas da Quarta Seção deste Tribunal para casos análogos, a pena-base poderia ser fixada em patamar muito acima do mínimo legal, tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida com o acusado (535,7 quilos de maconha), nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/2006. No entanto, não houve recurso do MPF, de modo que a pena-base fica mantida como fixada na sentença.
3. A defesa tem razão quanto à não incidência da citada agravante (CP, art. 62, IV), relativa à prática do crime de tráfico em razão de paga ou promessa de recompensa. Ocorre que o intuito de lucro já se encontra nas múltiplas condutas do art. 33, *caput,* da Lei nº 11.343/2006, de sorte que a aplicação dessa agravante poderia implicar *bis in idem*.
4. De outro lado, a circunstância atenuante da confissão de fato ocorre, pois o acusado admitiu o crime, dando detalhes de sua realização. Porém, como a pena-base foi fixada no mínimo legal, há o óbice da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, "[a] incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".
5. A causa de aumento de pena prevista no art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006 deve incidir em razão da transnacionalidade, e não da quantidade de droga apreendida, razão pela qual a fração aplicável é de 1/6 (um sexto), e não de 1/3 (um terço). Precedentes.
6. O *modus operandi* utilizado na prática do delito dá conta que o acusado estava a serviço de organização criminosa voltada ao tráfico de drogas (ex. utilização de batedor, acondicionamento da droga e das armas no porta-malas do veículo conduzido pelo réu), de modo que não teria direito à minorante. No entanto, mais uma vez, à falta de recurso do MPF, a minorante fica mantida e na fração fixada (um sexto).
7. Quanto ao crime de tráfico internacional de armas, nem na fase extraprocessual nem em juízo o réu confessou a prática do delito. Em seu interrogatório em juízo, o réu confessou a prática do crime de tráfico transnacional de drogas, mas não confessou o crime de tráfico de armas, de modo que não incide essa atenuante.
8. Quanto à agravante prevista no art. 62, IV, do Código Penal (agravação da pena em relação ao agente que executa o crime mediante paga ou promessa de pagamento),

procede o recurso, pois o intuito de lucro é ínsito nesse tipo de delito, conforme já decidiu esta Décima Primeira Turma.
9. Correta a aplicação pelo juízo da causa de aumento de pena prevista no art. 19 da Lei nº 10.826/2006, considerando-se que uma das armas apreendidas é de uso restrito - pistola Glock, modelo 22, calibre nominal .40. O réu se defende dos fatos imputados na denúncia e não da capitulação legal.
10. O juízo *a quo* considerou que houve concurso formal próprio, nos termos do art. 70, *caput,* primeira parte do Código Penal, pois o acusado, com uma única ação/conduta (transporte de carga), praticou dois crimes (tráfico transnacional de drogas e tráfico internacional de armas de fogo). Aplicou a mais grave das penas cabíveis, aumentada de um sexto. No entanto, reconheceu que os desígnios eram autônomos. Se assim eram (desígnios autônomos), o concurso é impróprio e as penas deveriam ser somadas. No entanto, como o MPF não recorreu, o concurso formal próprio fica mantido.
11. Relativamente à pena de multa, aplica-se o disposto no art. 72 do Código Penal, de modo que as penas distintas são somadas.
12. Levando-se em conta a revisão da pena e considerando-se que as circunstâncias judiciais não são totalmente desfavoráveis ao acusado, altera-se para o regime semiaberto o início do cumprimento da pena privativa de liberdade (CP, art. 59 c.c art. 33, § 2º, "b").
13. Apelação da defesa parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO à apelação para fixar o regime inicial semiaberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, e, DE OFÍCIO, reduzir a fração da causa de aumento de pena prevista no art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006 para 1/6 (um sexto), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, decidiu afastar de ambos os delitos a agravante prevista no art. 62, IV, do Código Penal e manter o reconhecimento de concurso formal próprio entre os crimes, ficando a pena definitiva fixada em 7 (sete) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, nos termos do voto do Relator, vencido o Desembargador Federal Fausto de Sanctis que reconhecia a incidência da agravante prevista no artigo 62, IV, do Código Penal aos crimes imputados ao apelante e fixava sua pena definitiva em de 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão e pagamento de 18 dias-multa.

São Paulo, 24 de abril de 2018.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator): Trata-se de apelação interposta por MARCOS VINICIUS RODRIGUES DA SILVA em face da sentença proferida pela 3ª Vara Federal de São José do Rio Preto /SP que o condenou à pena de 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 18 (dezoito) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, § 4º c.c o art. 40, I, ambos da Lei nº 11.343/2006, em concurso formal próprio com o crime previsto no art. 18, c.c o art. 19, ambos da Lei nº 10.826/2003.

O réu foi absolvido do crime previsto no art. 334, *caput*, do Código Penal, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Narra a denúncia (fls. 129/131), recebida em 02.05.2017 (fls. 186/187):

> *MARCOS VINICIUS RODRIGUES DA SILVA*, de forma livre e consciente, em fevereiro de 2017, importou e transportou 545,30 (quinhentos e quarenta e cinco quilos e trezentos gramas) da droga "Cannabis sativa L", conhecida como maconha, oriunda do Paraguai, em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Nas mesmas circunstâncias, o acusado favoreceu a entrada de armas de fogo e munições, tendo-se comprometido previamente a transportá-las, sem autorização da autoridade competente...
> Consta dos autos, que no dia 1º de fevereiro de 2017, por volta das 05h15, policiais rodoviários militares, ao realizarem patrulhamento na Rodovia Washington Luís, Km 436, no acesso à Rodovia BR 153, interceptaram os veículos Toyota/Corolla preto, placa NYJ2481, de Ubaitaba/BA, conduzido por *MARCOS VINICIUS RODRIGUES DA SILVA* e acompanhado pela passageira NATÁLIA ALVES DA SILVA, e um VW/Gol prata, placa ENP4830, de São José do Rio Preto/SP.
> Na ocasião, os policiais rodoviários militares, ao suspeitarem de dois veículos que trafegavam em alta velocidade, deram ordem de parada aos seus condutores; o primeiro veículo, o Toyota/ Corolla preto, obedeceu ao comando. Contudo, o condutor do VW/Gol acelerou e evadiu-se do local, deixando o veículo nas imediações do município de Talhados/SP e tendo fugido a pé, não sendo possível sua localização.
> Ao vistoriarem o veículo Toyota/ Corolla preto, os policiais encontraram, no banco traseiro e no porta-malas, tabletes de substâncias com caraterísticas da maconha, armas, munições, acessórios, dinheiro e mercadorias. No veículo VW/Gol prata também foram encontradas tabletes de substâncias com características da maconha, acondicionadas da mesma forma que os encontrados no outro veículo.

A sentença (fls. 404/410v) foi publicada em 03.08.2017 (fls. 411).

Os embargos de declaração (fls. 420/434) opostos pela defesa foram rejeitados (fls. 435/436).

Em suas razões de apelação (fls. 445/446), a defesa requer: (i) a aplicação da atenuante da confissão espontânea em relação ao crime de tráfico transnacional de armas; (ii) o afastamento da causa de aumento de pena prevista no art.19 da Lei nº 10.826/2003, pois referida majorante não consta na denúncia, bem como da agravante prevista no art. 62, IV, do Código Penal; e (iii) que seja fixado regime inicial de cumprimento de pena diverso do fechado.

Contrarrazões a fls. 468/472v.

A Procuradoria Regional da República, em seu parecer (fls. 475/480v), opinou pelo parcial provimento do recurso para que seja afastada a incidência da agravante prevista no art. 62, IV, do Código Penal.

É o relatório. À revisão.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator): Trata-se de apelação interposta por MARCOS VINICIUS RODRIGUES DA SILVA em face da sentença que o condenou pelos crimes de tráfico transnacional de drogas e tráfico de arma de fogo.

Do tráfico transnacional de drogas

Embora não sejam objeto do recurso, a *materialidade* e a *autoria* estão devidamente comprovadas. A materialidade, pelo auto de apresentação e apreensão (fls. 16/17v) e pelo laudo de constatação preliminar (fls. 18/18v) e de exame químico toxicológico (fls. 73/75), 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 por sua confissão e pela prova oral produzida em contraditório durante a instrução processual.

Do tráfico internacional de armas.

Da mesma forma, a *materialidade* e a *autoria* não foram objeto do recurso da defesa. Todavia, registro que a materialidade está comprovada pelo auto de apresentação e apreensão (fls. 16/17v) e pelo laudo de perícia criminal (exame de armas de fogo - fls. 99/101 e 102/103), que atestam que as armas de fogo tipo Pistola Taurus, calibre .380ACP, usada, e a Pistola Glock, calibre .40, usada, estavam aptas para uso. Também foram examinados 100 (cem) cartuchos intactos de munição PMC 380 AUTO e 49 (quarenta e nove) cartuchos intactos de munição tipo FEDERAL 40 SeW.

Os cartuchos podiam ter sido eficazmente utilizados na realização dos disparos. Ademais, foram apreendidos 2 (dois) carregadores, sendo um de 14 e outro de 22 tiros, da marca Glock; 1 (um) carregador para uso na pistola Glock 9 mm, 60 (sessenta) munições com bolsa na cor preta, da marca CMAG-Glock.

A *autoria*, por sua vez, está demonstrada pela certeza visual do crime, proporcionada pela prisão em flagrante do acusado e corroborada pela prova oral produzida em contraditório durante a instrução processual.

Mantenho, portanto, *a condenação* e passo ao *reexame da dosimetria da pena.*

Do tráfico transnacional de drogas

Na *primeira fase*, o juízo *a quo* fixou a pena-base no mínimo legal, ou seja, 5 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias-multa, levando em consideração que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal são favoráveis ao réu.

Considerando a jurisprudência das Turmas da Quarta Seção deste Tribunal para casos análogos, a pena-base poderia ser fixada em patamar muito acima do mínimo legal, tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida com o acusado (*535,7 quilos de maconha*), nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/2006. No entanto, lamentavelmente não houve recurso do MPF, de modo que a pena-base fica mantida como fixada na sentença.

Na *segunda fase*, o juízo reconheceu a circunstância atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, "d") e a agravante do art. 62, IV, do Código Penal, compensando-as para manter a pena inalterada nessa fase.

A defesa tem razão quanto à não incidência da citada agravante (CP, art. 62, IV), relativa à prática do crime de tráfico em razão de paga ou promessa de recompensa. Ocorre que o intuito de lucro já se encontra nas múltiplas condutas do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, de sorte que a aplicação dessa agravante poderia implicar *bis in idem*. Por isso, a afasto.

De outro lado, a circunstância atenuante da confissão de fato ocorre, pois o acusado admitiu o crime, dando detalhes de sua realização. Porém, como a pena-base foi fixada no mínimo legal, há o óbice da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, "[a] incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

Portanto, a pena, nesta fase intermediária, fica mantida em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na *terceira fase*, o juízo aplicou a causa de aumento prevista no inciso I do art. 40 da Lei nº 11.343/2006, relativa à transnacionalidade do delito, no patamar de 1/3 (um terço). Assim o fez em razão da grande quantidade de droga apreendida.

Tal entendimento, todavia, está equivocado, pois a majoração deve ocorrer em razão da transnacionalidade do delito e não em razão da quantidade da droga apreendida. Pela instrução probatória ficou comprovado que a droga era proveniente do exterior, razão pela qual, de ofício, reduzo a majorante de 1/3 (um terço) para 1/6 (um sexto), conforme precedentes desta Turma Julgadora. (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).

Desse modo, a pena, aumentada em 1/6 (um sexto), passa para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

O juízo de primeiro grau aplicou a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, na fração de 1/6 (um terço), por entender presentes os requisitos constantes no citado dispositivo legal e por ter considerado o réu "mula" do tráfico transnacional de drogas.

O *modus operandi* utilizado na prática do delito dá conta que o acusado estava a serviço de organização criminosa voltada ao tráfico de drogas (ex. utilização de batedor, acondicionamento da droga e das armas no porta-malas do veículo conduzido pelo réu), de modo que não teria direito à minorante. No entanto, mais uma vez, à falta de recurso do MPF, a minorante fica mantida e na fração fixada (um sexto).

Desse modo, a pena é diminuída para *4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa*, a qual torno definitiva ante a inexistência de outras causas de aumento ou de diminuição da pena. Mantenho o *valor do dia-multa* fixado na sentença.

Do crime de tráfico internacional de arma de fogo

Na *primeira fase*, o juízo fixou a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias multa.

Na *segunda fase*, o juízo reconheceu a circunstância agravante do art. 62, IV, do Código Penal e não reconheceu nenhuma circunstância atenuante.

O apelante pede o afastamento da agravante e a aplicação da atenuante. Tem parcial razão.

Com efeito, nem na fase extraprocessual nem em juízo o réu confessou a prática do delito de tráfico internacional de arma de fogo (fls. 07 e CD a fls. 256). Em seu interrogatório em juízo, o réu confessou a prática do crime de tráfico transnacional de drogas, alegando que não tinha ciência sobre o transporte de armas, munições e acessórios. Portanto, não confessou esse crime, de modo que não incide mesmo essa atenuante, não sendo provido o recurso.

Quanto à agravante prevista no art. 62, IV, do Código Penal (agravação da pena em relação ao agente que executa o crime mediante paga ou promessa de pagamento), procede o recurso, pois o intuito de lucro é ínsito nesse tipo de delito, conforme já decidiu esta Décima Primeira Turma:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL: TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES - MATERIALIDADE - AUTORIA - COMPROVAÇÃO.
> I - A autoria e materialidade comprovadas.
> II - Conforme demonstrado pelo laudo apresentado, a acusada transportava o equivalente a 500 (quinhentos) cartuchos, o que justifica a fixação da pena-base do delito de tráfico internacional de armas de fogo acima do mínimo legal, em 4 anos e 9 meses de reclusão e

> 12 dias-multa, que deve ser mantido pelos mesmos fundamentos, por entender tal decisão acertada e por não ter sido objeto de recurso da acusação, em respeito ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*. Quanto ao delito de tráfico transnacional de armas, conforme demonstrado pelo laudo apresentado, a acusada transportava o equivalente a 11.637kg (onze mil e seiscentos e trinta e sete gramas) de maconha, quantidade essa que justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal. No entanto, à mingua de recurso da acusação, é de ser mantido o quanto fixado pelo Juízo, de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.
> III - *O entendimento vigente nesta Décima Primeira Turma é o de que a agravante do artigo 62, IV, do Código Penal (execução ou participação no crime mediante paga ou promessa de recompensa) não deve ser aplicada, eis que o objetivo de lucro já está ínsito nesse tipo de delito.*
> IV - A atenuante da confissão espontânea (artigo 65, III, alínea "d", do Código Penal), há muito se firmou o entendimento no sentido de que, se não foi utilizada pelo magistrado na formação de sua convicção sobre os fatos, é indevida a sua incidência como atenuante genérica na dosimetria da pena. Ao contrário, se tiver sido um dos fundamentos da condenação, deverá ser aplicada, aí sendo irrelevante o momento, se foi total ou parcial, ou mesmo se houve retratação posterior.
> V - É de ser mantida a agravante do artigo 19 da Lei 10.826/2003, à razão de ½ (metade), eis que a informação técnica trazida aos autos dá conta de que parte da munição apreendida é de uso restrito no Brasil. A prática do crime de tráfico transnacional de droga, por sua vez, está evidenciada pelo conjunto probatório, haja vista que a droga foi adquirida no Paraguai para ser comercializada no Brasil.
> VI - [...].
> (ACR 0001422-94.2014.4.03.6112, Décima Primeira Turma, Rel. Des. Federal Cecilia Mello, j. 24.05.2016, e-DJF3 Judicial 1 03.06.2016)

Assim, afastada a agravante do art. 62, IV, do Código Penal e não reconhecida nenhuma circunstância atenuante, a pena, nesta fase intermediária, fica mantida em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na *terceira fase*, foi correta a aplicação da causa de aumento prevista no art. 19 da Lei nº 10.826/2003, considerando-se que uma das armas apreendidas é de uso restrito - pistola Glock, modelo 22, calibre nominal .40 (laudo a fls. 100).

A defesa pede o afastamento dessa causa de diminuição de pena por não estar apontada na denúncia. Todavia, referida causa de aumento de pena foi descrita na denúncia, ainda que não tenha havido menção ao art. 19 da Lei nº 10.826/2003. Como bem salientou a Procuradora Regional da República Adriana Scordamaglia em seu parecer (fls. 479v):

> Do exame da peça acusatória verifica-se que descreveu, pormenorizadamente, que durante referida fiscalização, foram encontrados vários objetos (armas, acessórios e munições) relacionados à prática criminosa, sendo de uso permitido e de uso restrito, provenientes do Paraguai, sem autorização legal ou regulamentar.

Como o réu se defende dos fatos imputados na denúncia e não da capitulação legal, incide a majorante.

Assim, aumentada na metade a pena para esse crime passa para *6 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa*, montante que se torna definitivo ante a inexistência de outras causas de aumento ou de diminuição.

Mantenho o valor do dia-multa no mínimo legal, tal como fixado na sentença.

Do concurso de crimes

O juízo *a quo* considerou que houve concurso formal próprio, nos termos do art. 70, *caput*, primeira parte do Código Penal, pois o acusado, com uma única ação/conduta (transporte de carga), praticou dois crimes (tráfico transnacional de drogas e tráfico internacional de armas de fogo). Assim, aplicou a mais grave das penas cabíveis, aumentada de um sexto.

No caso, o juízo reconheceu que os desígnios eram autônomos (fls. 408v), porém considerou tratar-se de concurso formal próprio. Se os desígnios eram autônomos, o concurso é impróprio e as penas deveriam ser somadas.

No entanto, mais uma vez, como o MPF não recorreu, mantenho o concurso formal próprio, tal como reconhecido em primeiro grau e, aplicando a mesma fração (um sexto) à pena mais grave (tráfico de armas), aumento a pena privativa de liberdade para *7 (sete) anos de reclusão*, a qual torno definitiva.

Relativamente à pena de multa, aplica-se o disposto no art. 72 do Código Penal, de modo que as penas distintas são somadas, resultando em *500 (quinhentos) dias-multa* (485 dias-multa pelo tráfico de drogas e 15 dias-multa pelo tráfico de arma), mantido o valor do dia-multa no mínimo legal.

Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade

O juízo *a quo* fixou o regime fechado para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, §, 2º, "a", do Código Penal. Levando-se em conta, porém, a revisão da pena neste julgado e considerando-se que as circunstâncias judiciais não são totalmente desfavoráveis ao acusado, altero para o *regime semiaberto* o início do cumprimento da pena privativa de liberdade (CP, art. 59 c.c art. 33, § 2º, "b").

Quanto à *detração* de que trata o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, considerando que o acusado foi preso em flagrante em 01.02.2017 (fls. 02) e a sentença condenatória foi publicada no dia 03.08.2017 (fls. 411), verifico que o tempo de prisão descontado não lhe daria direito a início do cumprimento da pena privativa de liberdade em regime menos gravoso do que o ora fixado.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, ante a falta de requisito objetivo (CP, art. 44, I).

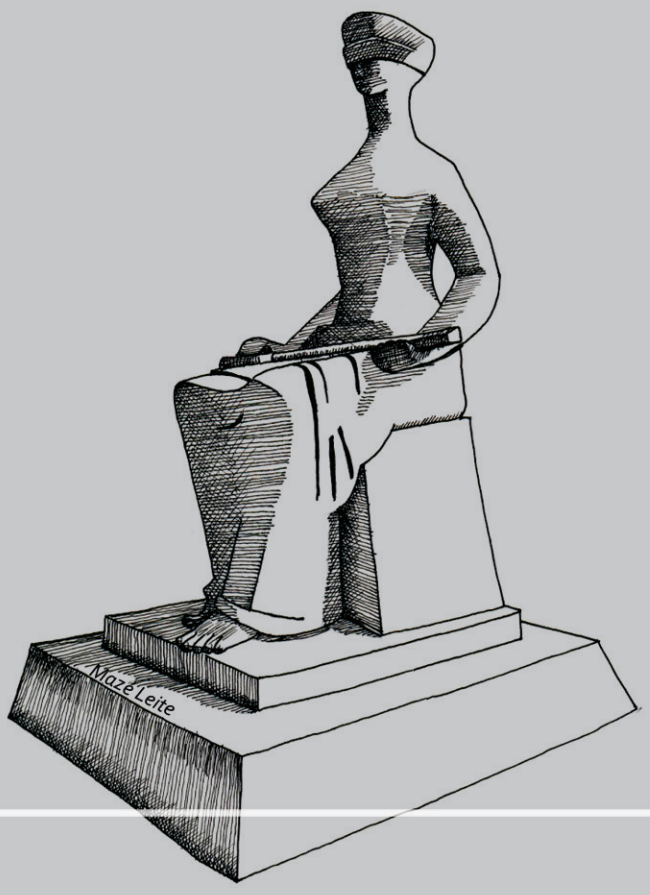
Posto isso, *DOU PARCIAL PROVIMENTO* à apelação apenas para afastar de ambos os delitos a agravante prevista no art. 62, IV, do Código Penal e fixar o regime inicial semiaberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, e, *DE OFÍCIO*, reduzir a fração da causa de aumento de pena prevista no art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006 para 1/6 (um sexto), mantido o reconhecimento de concurso formal próprio entre os crimes, ficando a pena definitiva fixada em 7 (sete) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, nos termos da fundamentação supra.

Comunique-se imediatamente o teor deste julgamento ao juízo da execução, para as providências cabíveis.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

Direito Previdenciário



APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0005009-57.2004.4.03.6183
(2004.61.83.005009-2)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: VALDIR MACIEL GOMES
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO
Classe do Processo: ApReeNec 1434015
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/05/2018

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ERRO MATERIAL. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ANOTAÇÃO NA CTPS. SÚMULA 12 DO TST. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RECOLHIMENTO. DEVER DE FISCALIZAÇÃO DO INSS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE IRREGULARIDADES NA CTPS. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98. APOSENTADORIA PROPORCIONAL. BENEFÍCIO CONCEDIDO. TERMO INICIAL. DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO DO INSS CONHECIDA EM PARTE. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDAS.

1 - A r. sentença apresenta erro material, na medida em que consignou, no dispositivo, período de trabalho (01/02/1971 a 30/04/1975) que não foi objeto de discussão nos autos e nem mesmo na fundamentação do *decisum*. Desta feita, sendo erro sanável, possível corrigi-lo de ofício.

2 - Outrossim, a insurgência autárquica quanto ao reconhecimento de suposta atividade especial, refoge a controvérsia posta nos autos, não tendo o demandante veiculado referida pretensão na exordial.

3 - Pretende a parte autora a concessão de aposentadoria proporcional por tempo de contribuição, mediante o reconhecimento de vínculos laborais não averbados pelo INSS (02/06/1961 a 05/09/1962, 02/01/1976 a 29/04/1978 e 04 a 11/95).

4 - Da análise dos autos extrai-se que, de fato, conforme apontado pelo Digno Juiz de 1º grau, "confrontando a contagem do autor de fl. 13 e a contagem do INSS de fls. 140/143, acrescida da comunicação de decisão de fl. 159, verifica-se que os períodos apontados pelo autor já foram computados pelo INSS", sendo que "a divergência encontrada se deve ao fato de o INSS não ter colocado a data de início correta do período de 01/02/71 a 30/04/75", uma vez que "a autarquia previdenciária usou a data de 01/02/1975 a 30/04/1975, diversamente do que consta nas anotações da CTPS às fls. 74, 78, 79, e 84".

5 - Impõe-se registrar que as anotações dos contratos de trabalho na CTPS do autor comprovam os vínculos laborais mantidos com as empresas "Brandão & Cia" e "Motopel - Motores, Peças e Serviços Ltda", nos períodos de 02/06/1961 a 05/09/1962 e 02/01/1976 a 29/04/1978, respectivamente.

6 - É assente na jurisprudência que a CTPS constitui prova do período nela anotado, somente afastada a presunção de veracidade mediante apresentação de prova em

contrário, conforme assentado no Enunciado nº 12 do Tribunal Superior do Trabalho. E, relativamente ao recolhimento de contribuições previdenciárias, em se tratando de segurado empregado, essa obrigação fica transferida ao empregador, devendo o INSS fiscalizar o exato cumprimento da norma. Logo, eventuais omissões não podem ser alegadas em detrimento do trabalhador que não deve ser penalizado pela inércia de outrem.
7 - Portanto, a mera recusa do ente previdenciário em reconhecer o labor em questão, sem a comprovação da existência de irregularidades nas anotações constantes da CTPS, não é suficiente para infirmar a força probante do documento apresentado pela parte autora, e, menos ainda, para justificar a desconsideração de tais períodos na contagem do tempo para fins de aposentadoria. Precedentes.
8 - No tocante ao período de 04 a 11/1995, no qual o autor alega ter recolhido as contribuições "por determinação do Instituto", mais uma vez merece ser reproduzida a r. sentença de 1º grau, na justa medida em que acertadamente consignou que "o INSS computou todo o período de 01/08/94 a 31/08/97 como de contribuições pagas" (fl. 231), tratando-se, portanto, de período incontroverso.
9 - A aposentadoria proporcional foi extinta pela Emenda Constitucional 20/98, que, de forma expressa, assegurou no art. 3º o direito aos que já haviam implementado, até a data de sua publicação, em 16/12/98, o requisito temporal, ou seja, 30 (trinta) anos de trabalho no caso do homem e 25 (vinte e cinco) no caso da mulher, independentemente de qualquer outra exigência (direito adquirido).
10 - Procedendo ao cômputo dos períodos anotados na CTPS do autor, acrescidos daqueles considerados incontroversos ("resumo de documentos para cálculo de tempo de contribuição", verifica-se que até a data de publicação da Emenda Constitucional 20/98, a parte autora contava com 31 anos, 08 meses e 13 dias, o que lhe garante o direito à percepção do benefício de aposentadoria proporcional por tempo de contribuição, com base na legislação pretérita à Emenda Constitucional nº 20/98 (direito adquirido, art. 3º da EC).
11 - O C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 575.089-2/RS, em sede de repercussão geral, pacificou o entendimento no sentido da impossibilidade de adoção do sistema híbrido no cálculo do benefício, de modo que não é possível computar tempo de serviço exercido posteriormente ao advento da EC nº 20/98, sem a observância das regras de transição nela previstas.
12 - O termo inicial do benefício deverá ser mantido na data do requerimento administrativo (06/03/2002).
13 - Correção monetária dos valores em atraso 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.
14 - Juros de mora, incidentes até a expedição do ofício requisitório, 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.
15 - 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 restou 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.
16 - Erro material corrigido de ofício. Apelação do INSS conhecida em parte. Remessa necessária e apelação do INSS parcialmente providas.

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, de ofício, corrigir o erro material para excluir, do dispositivo da r. sentença, o período de 01/02/1971 a 30/04/1975, conhecer parcialmente da apelação do INSS e, na parte conhecida, dar-lhe parcial provimento, assim como à remessa necessária, para especificar que o benefício a que faz jus o autor é a aposentadoria proporcional por tempo de contribuição, a ser calculada com base na legislação pretérita à Emenda Constitucional nº 20/98, bem como para estabelecer que 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 pelos índices de variação do IPCA-E, e que os juros de mora, incidentes até a expedição do ofício requisitório, serão fixados de acordo com o mesmo Manual, mantendo, no mais, o r. provimento jurisdicional de 1º grau, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de abril de 2018.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS DELGADO (Relator):

Trata-se de remessa necessária e apelação interposta pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em ação previdenciária ajuizada por VALDIR MACIEL GOMES, objetivando a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, mediante o reconhecimento de períodos laborados em atividades comuns, não averbados pelo INSS.

A r. sentença de fls. 230/234 julgou procedente o pedido, para reconhecer "os períodos de 02/06/1961 a 05/09/1962, 01/02/1971 a 30/04/1975, 02/01/1976 a 29/04/1978 e de 04 a 11/95", condenando a Autarquia "a conceder a aposentadoria por tempo de serviço desde a data da entrada do requerimento administrativo", acrescidas as parcelas vencidas de correção monetária e juros de mora. Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, observada a Súmula 111 do C. STJ. Sentença submetida ao reexame necessário.

Em razões recursais de fls. 239/247, o INSS postula, inicialmente, o conhecimento do reexame necessário. No mérito, sustenta que "a documentação apresentada pelo recorrido não pode ser admitida para a concessão do benefício previdenciário, motivo pelo qual a Autarquia-apelante requer a reforma da r. sentença, julgando-se improcedentes os pedidos constantes da exordial". Aduz, ainda, não ter sido comprovada a atividade especial nos períodos questionados. Subsidiariamente, requer a redução da verba honorária de sucumbência.

Devidamente processado o recurso, sem o oferecimento das contrarrazões, 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):

Inicialmente, vislumbro que a r. sentença apresenta erro material, na medida em que consignou, no dispositivo, período de trabalho (01/02/1971 a 30/04/1975) que não foi objeto de discussão nos autos e nem mesmo na fundamentação do *decisum*. Desta feita, sendo erro sanável, corrijo-o de ofício.

Outrossim, verifico que a insurgência autárquica quanto ao reconhecimento de suposta atividade especial, refoge a controvérsia posta nos autos, não tendo o demandante veiculado referida pretensão na exordial.

Pretende a parte autora a concessão de aposentadoria proporcional por tempo de contribuição, mediante o reconhecimento de vínculos laborais não averbados pelo INSS (02/06/1961 a 05/09/1962, 02/01/1976 a 29/04/1978 e 04 a 11/95).

Da análise dos autos extrai-se que, de fato, conforme apontado pelo Digno Juiz de 1º grau, "confrontando a contagem do autor de fl. 13 e a contagem do INSS de fls. 140/143, acrescida da comunicação de decisão de fl. 159, verifica-se que os períodos apontados pelo autor já foram computados pelo INSS", sendo que "a divergência encontrada se deve ao fato de o INSS não ter colocado a data de início correta do período de 01/02/71 a 30/04/75", uma vez que "a autarquia previdenciária usou a data de 01/02/1975 a 30/04/1975, diversamente do que consta nas anotações da CTPS às fls. 74, 78, 79, e 84" (fl. 230-verso).

De todo modo, impõe-se registrar que as anotações dos contratos de trabalho na CTPS do autor (fls. 67 e 75) comprovam os vínculos laborais mantidos com as empresas "Brandão & Cia" e "Motopel - Motores, Peças e Serviços Ltda", nos períodos de *02/06/1961 a 05/09/1962* e *02/01/1976 a 29/04/1978*, respectivamente.

É assente na jurisprudência que a CTPS constitui prova do período nela anotado, somente afastada a presunção de veracidade mediante apresentação de prova em contrário, conforme assentado no Enunciado nº 12 do Tribunal Superior do Trabalho. E, relativamente ao recolhimento de contribuições previdenciárias, em se tratando de segurado empregado, essa obrigação fica transferida ao empregador, devendo o INSS fiscalizar o exato cumprimento da norma. Logo, eventuais omissões não podem ser alegadas em detrimento do trabalhador que não deve ser penalizado pela inércia de outrem.

Portanto, a mera recusa do ente previdenciário em reconhecer o labor em questão, sem a comprovação da existência de irregularidades nas anotações constantes da CTPS, não é suficiente para infirmar a força probante do documento apresentado pela parte autora, e, menos ainda, para justificar a desconsideração de tais períodos na contagem do tempo para fins de aposentadoria. A propósito do tema, os julgados desta E. Corte a seguir transcritos:

> PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE ATIVIDADE COMUM. ANOTAÇÃO EM CTPS. PERÍODOS SEM RECOLHIMENTOS. AUTOMATICIDADE. ATIVIDADE ESPECIAL. TORNEIRO MECÂNICO. RUÍDO. AGENTES BIOLÓGICOS. ENQUADRAMENTO. REQUISITOS PREENCHIDOS PARA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. CONSECTÁRIOS.

- Discute-se o atendimento das exigências à concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, após reconhecimento dos lapsos (comum e especial) vindicados.
Na linha do que preceitua o artigo 55 e parágrafos da Lei nº 8.213/91, a parte autora logrou comprovar, via CTPS, o período de labor comum.
- *Com relação à veracidade das informações constantes da CTPS, gozam elas de presunção de veracidade juris tantum*, consoante o teor da Súmula nº 225 do Supremo Tribunal Federal: "Não é absoluto o valor probatório das anotações da carteira profissional." *Todavia, conquanto não absoluta a presunção, as anotações nela contidas prevalecem até prova inequívoca em contrário, nos termos do Enunciado nº 12 do Tribunal Superior do Trabalho.*
- *Embora não conste no CNIS as contribuições referentes a este vínculo, tal omissão não pode ser imputada à parte autora, pois sua remuneração sempre tem o desconto das contribuições, segundo legislação trabalhista e previdenciária, atual e pretérita.*
- Diante do princípio da automaticidade, hospedado no artigo 30, I, "a" e "b", da Lei nº 8.212/91, cabe ao empregador descontar o valor das contribuições das remunerações dos empregados e recolhê-las aos cofres da previdência social.
- *A obrigação de fiscalizar o recolhimento dos tributos é do próprio INSS (rectius: da Fazenda Nacional), nos termos do artigo 33 da Lei nº 8.212/91. No caso, caberia ao INSS comprovar a irregularidade das anotações da CTPS do autor, ônus a que não de desincumbiu nestes autos.*
- O tempo de trabalho sob condições especiais poderá ser convertido em comum, observada a legislação aplicada à época na qual o trabalho foi prestado. Além disso, os trabalhadores assim enquadrados poderão fazer a conversão dos anos trabalhados a "qualquer tempo", independentemente do preenchimento dos requisitos necessários à concessão da aposentadoria.
(...)
- A aposentadoria por tempo de contribuição é devida desde a DER.
(...)
- Apelação do INSS e remessa oficial desprovidas. Recurso adesivo da parte autora provido.
(TRF 3ª Região, NONA TURMA, APELREEX - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2194449 - 0007005-12.2012.4.03.6183, Rel. JUIZ CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS, julgado em 12/12/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/01/2017) (grifos nossos)

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. SENTENÇA CONDICIONAL. OCORRÊNCIA. NULIDADE. TEORIA DA CAUSA MADURA. PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO COMUM. ANOTAÇÃO EM CTPS. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. ATIVIDADE ESPECIAL. EXPOSIÇÃO A AGENTE NOCIVO. RUÍDO. OBSERVÂNCIA DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA PRESTAÇÃO DA ATIVIDADE. PPP. DOCUMENTO HÁBIL. EPI. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DA ESPECIALIDADE. DANOS MORAIS E MATERIAIS. INOCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPLANTAÇÃO IMEDIATA DO BENEFÍCIO.
I - Sentença condicional que determina a concessão do benefício, se presentes os requisitos legais, é nula, por afronta ao disposto no art. 492, do novo CPC.
II - Feito em condições de imediato julgamento (teoria da causa madura), aplicação do art. 1.013, inc. II, do novo CPC.
III - *As anotações em CTPS gozam de presunção legal de veracidade juris tantum, sendo que divergências entre as datas anotadas na carteira profissional e os dados do CNIS, não afastam a presunção da validade das referidas anotações, mormente que a responsabilidade pelas contribuições previdenciárias é ônus do empregador.*
IV - No que tange à atividade especial, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para sua caracterização é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida, devendo, portanto, no caso em tela, ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos n. 53.831/64 e 83.080/79, até 05.03.1997 e, após, pelo Decreto n. 2.172/97, sendo irrelevante que o segurado não tenha completado o tempo mínimo de serviço para se aposentar à época em que foi editada a Lei nº 9.032/95.

> (...)
> XI - Nos termos do artigo 497 do Novo Código de Processo Civil, determinada a imediata implantação do benefício.
> XII - Sentença declarada nula de ofício. Pedido julgado parcialmente procedente com fulcro no art. 1.013, § 3º, III, do Novo CPC/2015. Apelação do autor prejudicada.
> (TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2141295 - 0007460-33.2016.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, julgado em 07/02/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/02/2017) (grifos nossos)

No tocante ao período de *04 a 11/1995*, no qual o autor alega ter recolhido as contribuições "por determinação do Instituto" (fl. 08), mais uma vez merece ser reproduzida a r. sentença de 1º grau, na justa medida em que acertadamente consignou que "o INSS computou todo o período de 01/08/94 a 31/08/97 como de contribuições pagas" (fl. 231), tratando-se, portanto, de período incontroverso.

A aposentadoria por tempo de contribuição encontra-se atualmente prevista no art. 201, §7º, I, da Constituição Federal, o qual dispõe:

> § 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:
> I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

A aposentadoria proporcional, por sua vez, foi extinta pela Emenda Constitucional 20/98, que, de forma expressa, assegurou no art. 3º o direito aos que já haviam implementado, até a data de sua publicação, em 16/12/98, o requisito temporal, ou seja, 30 (trinta) anos de trabalho no caso do homem e 25 (vinte e cinco) no caso da mulher, independentemente de qualquer outra exigência (direito adquirido).

A citada Emenda Constitucional também manteve a aposentadoria proporcional para os que já se encontravam filiados ao RGPS na data de sua publicação e não possuíam tempo suficiente para requerê-la, porém estabeleceu na regra de transição, *verbis*:

> Art. 9º - Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas para o regime geral de previdência social, é assegurado o *direito à aposentadoria ao segurado que se tenha filiado ao regime geral* de previdência social, até a data de publicação desta Emenda, quando, *cumulativamente*, atender *aos seguintes requisitos*:
> I - *contar com cinqüenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher*; e
> II - *contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de*:
> *a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e*
> b) *um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.*
> § 1º - O segurado de que trata este artigo, desde que atendido o disposto no inciso I do "caput", e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode *aposentar-se com valores proporcionais* ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:
> I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:
> a) *trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher*; e
> b) *um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior* (grifos nossos).

Conforme planilha constante de fls. 233, procedendo ao cômputo dos períodos anotados na CTPS do autor (fls. 65/115), acrescidos daqueles considerados incontroversos ("resumo de documentos para cálculo de tempo de contribuição" às fls. 140/143), verifica-se que até a data de publicação da Emenda Constitucional 20/98, a parte autora contava com *31 anos, 08 meses e 13 dias*, o que lhe garante o direito à percepção do benefício de *aposentadoria proporcional por tempo de contribuição*, com base na legislação pretérita à Emenda Constitucional nº 20/98 (direito adquirido, art. 3º da EC).

Registre-se, por oportuno, que o C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 575.089-2/RS, em sede de repercussão geral, pacificou o entendimento no sentido da impossibilidade de adoção do sistema híbrido no cálculo do benefício, de modo que não é possível computar tempo de serviço exercido posteriormente ao advento da EC nº 20/98, sem a observância das regras de transição nela previstas. Nesse sentido:

> PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO. COISA JULGADA AFASTADA. CÁLCULO DE RENDA MENSAL INICIAL. ART. 29, §5º, DA LEI 8.213/91. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO APÓS A EC Nº20/98. CONSECTÁRIOS LEGAIS. APELAÇÃO DO AUTOR PROVIDA.
> (...)
> 6. *In casu*, o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição foi concedido por determinação judicial (DIB 12/01/2001), em que reconhecido o tempo de serviço de 31 (trinta e um) anos, 02 (dois) meses e 16 (dezesseis) dias (considerados incontroversos - planilha de fls. 429/30), que somados ao período, ora reconhecido, até 16/12/1998 (data da EC nº 20/98), perfaz 32 (trinta e dois) anos, 04 (quatro) meses e 26 (vinte e seis) dias, conforme planilha em anexo, os quais são suficientes ao tempo de serviço exigível nos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91. Note-se, ainda, que, considerados o acréscimo do período de 28/04/1970 a 07/01/1974 e o tempo de serviço posterior a EC nº 20/98, são computados 34 (trinta e quatro) anos, 10 (dez) meses e 26 (vinte e seis) dias, conforme planilha em anexo.
> 7. *Como o autor já havia preenchido os requisitos para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição antes de 16/12/1998, faz jus ao cálculo do valor do benefício com base nas regras anteriores ao advento da EC nº 20/98*, podendo, contudo, optar pelo cálculo com base nas regras atuais, caso lhe seja mais favorável. Contudo, *caso o autor opte pelo cálculo do benefício com base nas regras anteriores à EC nº 20/98, não será possível computar o período laborado após o referido diploma normativo.*
> *8. O C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do mérito da repercussão geral no RE nº 575.089-2/RS, decidiu pela impossibilidade de aplicação de regime híbrido, inviabilizando o cômputo do tempo de serviço posterior à EC nº 20/98, sem a observância das regras de transição nela estabelecidas.*
> 9. *Portanto, ou bem se computa o tempo de serviço laborado até a EC nº 20/98, aplicando as normas então vigentes, ou bem se considera o período posterior, caso em que deverão ser aplicadas as novas regras, inclusive no que se refere à apuração da renda mensal inicial.*
> 10. As parcelas vencidas devem ser corrigidas na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, e ainda de acordo com a Súmula nº 148 do E. STJ e nº 08 desta Corte, observando-se o quanto decidido pelo C. STF quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.
> 11. Quanto aos juros moratórios, incidem a partir da citação, à taxa de 6% (seis por cento) ao ano até 11/01/2003, nos termos do artigo 1.062 do Código Civil, sendo que a partir dessa data são devidos à taxa de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil, e artigo 161, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional; e, a partir de 30/06/2009, incidirão de uma única vez e pelo mesmo percentual aplicado à caderneta de poupança (0,5%), consoante o preconizado pela Lei 11.960/2009, em seu art. 5º.

> 12. A verba honorária de sucumbência incide no montante de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, conforme entendimento desta Turma (artigo 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil), aplicada a Súmula 111 do C. Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual os honorários advocatícios, nas ações de cunho previdenciário, não incidem sobre o valor das prestações vencidas após a data da prolação da sentença.
> 13. Anote-se, na espécie, obrigatoriedade da dedução, na fase de liquidação, dos valores eventualmente pagos à parte autora na esfera administrativa.
> 14. Apelação da parte autora provida.
> (AC 00126990620064036301, DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO, TRF3 - SÉTIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/11/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifos nossos)

O requisito carência restou também completado, consoante anotações em CTPS.

O termo inicial do benefício deverá ser mantido na data do requerimento administrativo ((06/03/2002 - fl. 159).

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 restou 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.

Ante o exposto, *de ofício, corrijo o erro material* para excluir, do dispositivo da r. sentença, o período de 01/02/1971 a 30/04/1975, *conheço parcialmente da apelação do INSS e, na parte conhecida, dou-lhe parcial provimento, assim como à remessa necessária*, para especificar que o benefício a que faz jus o autor é a aposentadoria proporcional por tempo de contribuição, a ser calculada com base na legislação pretérita à Emenda Constitucional nº 20/98, bem como para estabelecer que 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 pelos índices de variação do IPCA-E, e que os juros de mora, incidentes até a expedição do ofício requisitório, serão fixados de acordo com o mesmo Manual, mantendo, no mais, o r. provimento jurisdicional de 1º grau.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

EMBARGOS INFRINGENTES
0043951-25.2005.4.03.9999
(2005.03.99.043951-0)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargado: PEDRO GALVÃO DOS SANTOS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE CAMPO LIMPO PAULISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Classe do Processo: EI 1061533
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/04/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO ULTRA PETITA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. TEMPO ESPECIAL. VIGIA.
I - Nos termos do então vigente art. 128 do CPC/73 (atual art. 141, do CPC/2015), o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta. Igualmente, o artigo 460 do revogado diploma legal (atual art. 492, do CPC/2015) tratava da correlação entre o pedido e a sentença. Assim, a teor do disposto nos arts. 128, 249 e 460 do CPC/73 (atuais arts. 141, 282 e 492, do CPC/2015) declaro a nulidade do julgado em relação ao reconhecimento do período rural de 18/3/84 a 31/3/84 e de atividade especial após 16/12/98, *pois não pleiteados na exordial.*
II - No que se refere ao *reconhecimento da atividade especial*, a jurisprudência é pacífica no sentido de que deve ser aplicada a lei vigente à época em que exercido o trabalho, à luz do princípio tempus regit actum (Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.310.034-PR).
III - Quanto aos *meios de comprovação* do exercício da atividade em condições especiais, *até 28/4/95*, bastava a constatação de que o segurado exercia uma das atividades constantes dos anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79. O rol dos referidos anexos é considerado meramente exemplificativo (Súmula nº 198 do extinto TFR). Com a edição da Lei nº 9.032/95, *a partir de 29/4/95* passou-se a exigir por meio de formulário específico a comprovação da efetiva exposição ao agente nocivo perante o Instituto Nacional do Seguro Social.
IV - A Medida Provisória nº 1.523 de 11/10/96, a qual foi convertida na Lei nº 9.528 de 10/12/97, ao incluir o § 1º ao art. 58 da Lei nº 8.213/91, dispôs sobre a necessidade da comprovação da efetiva sujeição do segurado a agentes nocivos à saúde do segurado por meio de laudo técnico, motivo pelo qual considerava necessária a apresentação de tal documento a partir de 11/10/96. No entanto, a fim de não dificultar ainda mais o oferecimento da prestação jurisdicional, passei a adotar o posicionamento no sentido de exigir a apresentação de laudo técnico somente *a partir 6/3/97,* data da publicação do Decreto nº 2.172, de 5/3/97, que aprovou o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social.
V - No que se refere às *atividades de "vigia" e "vigilante"*, quadra ressaltar que, embora os Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79 não tenham previsto as profissões de "vigilante" e "vigia" como insalubres, o código 2.5.7 do Decreto nº 53.831/64 dispõe ser "perigoso" o trabalho de "Bombeiros, Investigadores, Guardas" exercido nas ocupações de "Extinção de Fogo, Guarda". Ressalto que a não comprovação do

desempenho das atividades munido de arma de fogo não impede o reconhecimento do tempo especial, uma vez que o Decreto nº 53.831/64, código 2.5.7, não impõe tal exigência para aqueles que tenham a ocupação de "Guarda", a qual, é a mesma exercida pelos vigias e vigilantes.

VI - Com relação à atividade de guarda ou vigilante, considero possível o reconhecimento, como especial, da atividade exercida após 28/4/95, mesmo sem formulário, laudo técnico ou PPP, em decorrência da periculosidade *inerente* à atividade profissional, com elevado risco à vida e integridade física. Como bem asseverou o E. Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, do TRF-4ª Região, no julgamento dos Embargos Infringentes nº 2003.71.00.059814-2/RS: "No que diz respeito ao reconhecimento do tempo de serviço na atividade de vigilante como sendo especial para fins de conversão, cumpre referir que a noção da profissão que se tinha anos atrás, daquela pessoa que, precipuamente, fazia ronda e afugentava pequenos larápios, muitas das vezes inofensivos, hodiernamente deve ser repensada. Efetivamente, cada vez mais as atividades da segurança privada aproximam-se daquelas desenvolvidas pela força policial pública, em razão da elevação do grau de exposição ao risco da ação criminosa, mormente quando uso de arma de fogo. Sempre houve bastante discussão sobre a situação do *vigia*/vigilante e trabalhadores da área de segurança para fins de aposentadoria especial. No entanto, merece destaque o posicionamento fixado pela Terceira Seção desta Corte (EIAC nº 1999.04.01.08250-0/SC, Rel. para acórdão Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, DJU 10-4-2002) que reconheceu a indigitada atividade como especial para fins de conversão, porquanto equivalente a dos chamados guardas e investigadores (Código 2.5.7 do Quadro Anexo do Decreto 53.831/64), havendo presunção de periculosidade e especialidade na situação do trabalhador, independentemente, inclusive, do porte de arma."

VII- A documentação apresentada permite o reconhecimento da atividade especial dos períodos pleiteados.

VIII - Restrinjo, de ofício, o julgado embargado aos limites do pedido. Nego provimento aos embargos infringentes. Julgo prejudicado o recurso de fls. 147/148.

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, de ofício, restringir o julgado embargado aos limites do pedido, negar provimento aos embargos infringentes e julgar prejudicado o recurso de fls. 147/148, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de março de 2018.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Trata-se de embargos infringentes interpostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra o V. Acórdão proferido pela E. Nona Turma desta Corte que, ao apreciar o agravo (art. 557, §1º, do CPC/73) interposto pela autarquia, manteve a decisão monocrática

de fls. 116/120 que, ao dar parcial provimento à apelação do autor, modificou a sentença de improcedência do pedido inicial.

O V. Aresto (fls. 133) acha-se estampado nos seguintes termos:

> DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO (ART. 557 DO CPC). TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL RATIFICADO POR PROVA TESTEMUNHAL. CONTEMPORANEIDADE INEXÍGIVEL. PRECEDENTES DO STJ. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DECIDIDA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. DECISÃO AGRAVADA DE ACORDO COM A LEI E A JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
> I. O agravo previsto no art. 557, §1º, do Código de Processo Civil tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator, bem como a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando à rediscussão da matéria já decidida.
> II. Os argumentos trazidos na irresignação do agravante foram devidamente analisados pela decisão hostilizada, a qual se encontra alicerçada na legislação e em jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Mantida a decisão agravada.
> III. Agravo a que se nega provimento.

Contra o V. Acórdão, o INSS interpôs os presentes embargos infringentes (fls. 135/136), aduzindo que "não há provas (art. 333, I, CPC) de que o autor, enquanto vigilante, portava arma de fogo" e que "a periculosidade está justamente no porte da arma." (fls. 135vº)

Afirma, ainda, que "somente em 2012 sobreveio legislação a considerar como especial a atividade de vigilante sem o porte de arma de fogo, pelo que inaplicável ao caso dos autos sob pena de violação ao princípio da irretroatividade das leis (arts. 2º, §§ 1º e 2º e 6º da LICC), já que no caso dos autos o serviço prestado é anterior a tal data." (fls. 136vº)

Requer a prevalência do voto vencido.

A fls. 143 foi certificado o decurso de prazo para a apresentação de contrarrazões e o recurso foi admitido a fls. 144.

A fls. 147/148, o INSS apresentou, equivocadamente, um recurso de agravo, requerendo a sua "desconsideração" a fls. 150.

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Cuida-se de embargos infringentes interpostos contra o V. Acórdão de fls. 126/133 que, por maioria, manteve a decisão monocrática de fls. 116/120, a qual reformou parcialmente a sentença de primeiro grau.

Inicialmente, conforme dispunha o art. 128 do CPC/73 (atual art. 141, do CPC/2015), o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta. Igualmente, o artigo 460 do revogado diploma legal (atual art. 492, do CPC/2015) trata da correlação entre o pedido e a sentença. Transcrevo, por oportuno, entendimento sobre o referido dispositivo, exposto pelo Professor Nelson Nery Júnior, em sua obra "Código de Processo Civil Comentado", *in verbis*:

> Deve haver correlação entre o pedido e sentença (CPC 492:CPC/1973 460), sendo defeso ao juiz decidir aquém (citra ou infra petita), fora (extra petita) ou além (ultra petita) do que foi

> pedido, se para isto a lei exigir iniciativa da parte. Caso decida com algum dos vícios apontados, a sentença poderá ser corrigida por embargos de declaração, se citra ou infra petita ou por recurso de apelação, se tiver sido proferida extra ou ultra petita. Por pedido deve ser entendido o conjunto formado pela causa (ou causae) petendi e o pedido em sentido estrito. A decisão do juiz fica vinculada à causa de pedir e ao pedido.
> (16ª ed. rev. atual. e ampl., p. 646, RT, 2016)

Assim, a teor do disposto nos arts. 128, 249 e 460 do CPC/73 (atuais arts. 141, 282 e 492, do CPC/2015) declaro a nulidade do julgado em relação ao reconhecimento do período rural de 18/3/84 a 31/3/84 e de atividade especial após 16/12/98, *pois não pleiteados na exordial*.

No mais, passo a um breve histórico dos fatos.

A parte autora, em 30/09/02, propôs a presente ação, pretendendo o reconhecimento de tempo laborado como rurícola de 06/62 a 06/76 e de 04/84 a 01/88 e em atividades especiais (04/5/89 a 21/12/89, 14/01/90 a 07/5/91 e de 12/7/91 a 16/12/98), bem como a concessão de aposentadoria por tempo de serviço.

O pedido foi julgado improcedente em primeiro grau (fls. 88/95).

A fls. 116/120, o E. Juiz Federal em auxílio Otávio Port proferiu decisão monocrática, na qual consignou:

> Quanto à atividade de vigilância, o entendimento da matéria, inicialmente, era no sentido de que a profissão de guarda patrimonial, vigia, vigilante, guarda-noite e afins, para a qual se comprove o efetivo porte de arma de fogo no exercício de suas atribuições, é considerada de natureza especial durante todo o período a que esteve a integridade física do trabalhador sujeita aos riscos de seu dever de proteger o bem alheio e inibir eventual ação ofensiva, inclusive com a possibilidade de resposta armada.
> Entretanto, em atenção à reforma legislativa realizada pela lei nº 12.740/2012, que alterou o art. 193 da CLT, para considerar a atividade de vigilante como perigosa, com o adicional de 30%, em virtude da exposição da categoria a roubos ou outras espécies de violência, não fazendo menção a uso de armas, passo a considerá-la especial ainda que não haja a demonstração de porte de armas de fogo.
> E reputa-se perigosa tal atividade por equiparação da categoria àquelas previstas no item 2.5.7 do Decreto nº 53.831/64, ainda que não tenha sido incluída pelos Decretos nº 83.090/79 e nº 89.312/84, cujos anexos regulamentares encerram classificação meramente exemplificativa. Ressalte-se que essa presunção de periculosidade perdura mesmo após a vigência do Decreto nº 2.172/97, independentemente do laudo técnico a partir de então exigido, consoante a orientação jurisprudencial do C. Superior Tribunal Justiça (6ª Turma, RESP nº 441469, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 11/02/2003, DJU 10/03/2003, p. 338).
> Aliás, a despeito da necessidade de se comprovar esse trabalho especial mediante estudo técnico ou perfil profissiográfico, entendo que tal exigência não se mostra adequada aos ditames da Seguridade Social, pois, ao contrário das demais atividades profissionais expostas a agentes nocivos, o laudo pericial resulta inviável no caso dos vigias portadores de armas de fogo, na medida em que a avaliação do grau de periculosidade se dá no mesmo âmbito da presunção adotada pelo enquadramento no Decreto nº 53.831/64, vale dizer, somente seria possível avaliar a efetiva exposição de risco numa situação real de defesa ao patrimônio tutelado, justamente o que se procura prevenir com contratação dos profissionais da área da segurança privada.
> (...)
> Assim, devem ser tidos por especiais os períodos de 04/05/1989 a 21/12/1989, 14/01/1990 a 07/05/1991 e 12/07/1991 a 17/08/1999, comprovados pelos documentos das fls. 20, em razão das atividades profissionais desenvolvidas pelo postulante e nos termos de seu pedido inicial.

> Desta feita, computando-se os períodos laborados em atividade rural e atividades urbanas, comuns e especiais, o somatório do tempo de serviço da parte autora, na data da propositura da ação, alcança um total superior a 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, na data da EC nº 20/98, o que autoriza a concessão de aposentadoria por tempo de serviço integral.

Inconformado, o INSS manejou agravo, com fundamento no art. 557, §1º, do CPC/73, tendo a E. Nona Turma deste Tribunal, por maioria, negado provimento ao recurso.

Nesse aspecto, importante trazer à colação excerto do voto vencido:

> (...) Com efeito, quanto ao enquadramento de atividade possuo entendimento no sentido de que nem todo trabalho de vigilante deve ser considerado especial. É que não pode ser reconhecida a periculosidade inerente à atividade de policial, dada a diversidade inerente entre ambas as atividades, ausente a agressividade do labor de forma habitual e permanente. (fls. 139)
> (...)
> Ademais, não restou comprovado documentalmente a utilização de arma de fogo no desempenho das atividades mencionadas, fato indicativo da periculosidade asseverada.
> Assim, concluo que, à mingua de apontamentos que demonstrem a utilização de arma de fogo, as atividades de vigia/vigilante anotadas em carteira de trabalho não devem ser consideradas como atividade especial. (fls. 140)

O INSS, então, interpôs os presentes infringentes.

No que se refere ao *reconhecimento da atividade especial*, a jurisprudência é pacífica no sentido de que deve ser aplicada a lei vigente à época em que exercido o trabalho, à luz do princípio *tempus regit actum* (Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.310.034-PR).

Quanto aos *meios de comprovação* do exercício da atividade em condições especiais, *até 28/4/95*, bastava a constatação de que o segurado exercia uma das atividades constantes dos anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79. O rol dos referidos anexos é considerado meramente exemplificativo (Súmula nº 198 do extinto TFR).

Com a edição da Lei nº 9.032/95, *a partir de 29/4/95* passou-se a exigir por meio de formulário específico a comprovação da efetiva exposição ao agente nocivo perante o Instituto Nacional do Seguro Social.

A Medida Provisória nº 1.523 de 11/10/96, a qual foi convertida na Lei nº 9.528 de 10/12/97, ao incluir o § 1º ao art. 58 da Lei nº 8.213/91, dispôs sobre a necessidade da comprovação da efetiva sujeição do segurado a agentes nocivos à saúde do segurado por meio de laudo técnico, motivo pelo qual considerava necessária a apresentação de tal documento a partir de 11/10/96.

No entanto, a fim de não dificultar ainda mais o oferecimento da prestação jurisdicional, passei a adotar o posicionamento no sentido de exigir a apresentação de laudo técnico somente *a partir 6/3/97*, data da publicação do Decreto nº 2.172, de 5/3/97, que aprovou o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social. Nesse sentido, quadra mencionar os precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça: Incidente de Uniformização de Jurisprudência, Petição nº 9.194/PR, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 1ª Seção, j. em 28/5/14, v.u., DJe 2/6/14; AgRg no AREsp. nº 228.590, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. em 18/3/14, v.u., DJe 1º/4/14; bem como o acórdão proferido pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais no julgamento do Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal nº 0024288-60.2004.4.03.6302, Relator para Acórdão Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, j. 14/2/14, DOU 14/2/14.

Por fim, observo que o art. 58 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Medida Pro-

visória nº 1.523 de 11/10/96, a qual foi convertida na Lei nº 9.528 de 10/12/97, em seu § 4º, instituiu o *Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP)*, sendo que, com a edição do Decreto nº 4.032/01, o qual alterou a redação dos §§ 2º e 6º e inseriu o § 8º ao art. 68 do Decreto nº 3048/99, passou-se a admitir o referido PPP para a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos. Ademais, verifico que, com o advento do Decreto nº 8.123/13, o referido artigo assim dispôs:

> *Art. 68.* A relação dos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, considerados para fins de concessão de aposentadoria especial, consta do Anexo IV.
> (...)
> *§ 3º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.*
> § 4º A presença no ambiente de trabalho, com possibilidade de exposição a ser apurada na forma dos §§ 2º e 3º, de agentes nocivos reconhecidamente cancerígenos em humanos, listados pelo Ministério do Trabalho e Emprego, será suficiente para a comprovação de efetiva exposição do trabalhador.
> § 5º No laudo técnico referido no § 3º, deverão constar informações sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva ou individual, e de sua eficácia, e deverá ser elaborado com observância das normas editadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego e dos procedimentos estabelecidos pelo INSS.
> § 6º A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir documento de comprovação de efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita às penalidades previstas na legislação.
> § 7º O INSS estabelecerá os procedimentos para fins de concessão de aposentadoria especial, podendo, se necessário, confirmar as informações contidas nos documentos mencionados nos § 2º e 3º.
> § 8º A empresa deverá elaborar e manter atualizado o perfil profissiográfico do trabalhador, contemplando as atividades desenvolvidas durante o período laboral, documento que a ele deverá ser fornecido, por cópia autêntica, no prazo de trinta dias da rescisão do seu contrato de trabalho, sob pena de sujeição às sanções previstas na legislação aplicável.
> *§ 9º Considera-se perfil profissiográfico, para os efeitos do § 8º, o documento com o histórico laboral do trabalhador, segundo modelo instituído pelo INSS, que, entre outras informações, deve conter o resultado das avaliações ambientais, o nome dos responsáveis pela monitoração biológica e das avaliações ambientais, os resultados de monitoração biológica e os dados administrativos correspondentes.*
> § 10. O trabalhador ou seu preposto terá acesso às informações prestadas pela empresa sobre o seu perfil profissiográfico, podendo inclusive solicitar a retificação de informações quando em desacordo com a realidade do ambiente de trabalho, conforme orientação estabelecida em ato do Ministro de Estado da Previdência Social.
> (...)

Devo salientar também que o laudo (ou PPP) não contemporâneo ao exercício das atividades não impede a comprovação de sua natureza especial, desde que não tenha havido alteração expressiva no ambiente de trabalho.

No que se refere às *atividades de "vigia" e "vigilante"*, quadra ressaltar que, embora os Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79 não tenham previsto as profissões de "vigilante" e "vi-

gia" como insalubres, o código 2.5.7 do Decreto nº 53.831/64 dispõe ser "perigoso" o trabalho de "Bombeiros, Investigadores, Guardas" exercido nas ocupações de "Extinção de Fogo, Guarda".

Ressalto, ainda, que a não comprovação do desempenho das atividades munido de arma de fogo não impede o reconhecimento do tempo especial, uma vez que o Decreto nº 53.831/64, código 2.5.7, não impõe tal exigência para aqueles que tenham a ocupação de "Guarda", a qual, como exposto, é a mesma exercida pelos vigias e vigilantes.

Versando sobre a matéria em análise, transcrevo o seguinte julgado:

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CÔMPUTO DE TEMPO DE LABOR RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. ATIVIDADE ESPECIAL. COMPROVAÇÃO. RECONHECIMENTO. CONVERSÃO. LEI Nº 9.711/98. DECRETO Nº 3.048/99. PREVIDENCIÁRIO. VIGIA. DESNECESSIDADE DO PORTE DE ARMA DE FOGO. CONCESSÃO. JUROS. HONORÁRIOS.
> 1. O tempo de labor na atividade rural exercido em regime de economia familiar, em período anterior à Lei 8.213/91, pode ser adicionado ao tempo de serviço urbano para fins de aposentadoria por tempo de serviço, independentemente do recolhimento das contribuições previdenciárias, salvo na hipótese da contagem recíproca noutro regime previdenciário, a teor do disposto nos artigos 55, parágrafos 1º e 2º, 94 e 96, inciso IV, todos da Lei nº 8.213/91, e 201, parágrafo 9º, da Constituição Federal de 1988.
> 2. Comprovado o exercício de atividade rural, em regime de economia familiar, a contar dos 12 anos de idade no caso.
> 3. A Lei nº 9.711, de 20-11-1998, e o Regulamento Geral da Previdência Social aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06-05-1999, resguardam o direito adquirido de os segurados terem convertido o tempo de serviço especial em comum, até 28-05-1998, observada, para fins de enquadramento, a legislação vigente à época da prestação do serviço.
> 4. Até 28-04-1995 é admissível o reconhecimento da especialidade por categoria profissional ou por sujeição a agentes nocivos, aceitando-se qualquer meio de prova (exceto para ruído); a partir de 29-04-1995 não mais é possível o enquadramento por categoria profissional, devendo existir comprovação da sujeição a agentes nocivos por qualquer meio de prova até 05-03-1997 e, a partir de então e até 28-05-1998, por meio de formulário embasado em laudo técnico, ou por meio de perícia técnica.
> *5. A atividade de vigia é considerada especial, por analogia à função de Guarda, prevista no Código 2.5.7 do Decreto 53.832/64, tida como perigosa. A caracterização de tal periculosidade, no entanto, independe do fato de o segurado portar, ou não, arma de fogo no exercício de sua jornada laboral, porquanto tal requisito objetivo não está presente na legislação de regência.*
> 6. Apelo provido, remessa oficial provida em parte.
> (TRF-4ª Região, AC nº 2001.71.14.000012-1/RS, Rel. Des. Fed. Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle, Turma Suplementar, j. 27/6/07, v.u., DJU de 16/7/07, grifos meus)

Com relação à *conversão de tempo especial em comum*, parece de todo conveniente traçar um breve relato de sua evolução histórica na ordenação jurídica brasileira.

Inicialmente, observo que a aposentadoria especial foi instituída pelo art. 31 da Lei nº 3.807, de 26/8/60 (Lei Orgânica da Previdência Social).

A Lei nº 6.887/80 acrescentou o § 4º ao art. 9º, da Lei nº 5.890/73, dispondo:

> O tempo de serviço exercido alternadamente em atividades comuns e em atividades que, na vigência desta Lei, sejam ou venham a ser consideradas penosas, insalubres ou perigosas, será somado, após a respectiva conversão segundo critérios de equivalência a serem fixados pelo Ministério da Previdência Social, para efeito de aposentadoria de qualquer espécie.

Após diversas alterações legislativas, a Lei nº 8.213/91 dispôs sobre a aposentadoria especial em seus artigos 57 e 58.

A possibilidade de conversão do tempo especial em comum havia sido revogada pela edição do art. 28, da Medida Provisória nº 1.663 de 28/5/98. No entanto, o referido dispositivo legal foi suprimido quando da conversão na Lei nº 9.711/98, razão pela qual, forçoso reconhecer que permanece em vigor a possibilidade dessa conversão. Ademais, a questão ficou pacificada com a edição do Decreto nº 4.827, de 3/9/03, que incluiu o § 2º ao art. 70 do Decreto nº 3.048/99, estabelecendo que "As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho *prestado em qualquer período*." Nesse sentido, cabe ressaltar que o C. Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no sentido de ser possível a conversão de tempo especial em comum no período anterior a 1º/1/81, bem como posterior à edição do art. 28, da Medida Provisória nº 1.663 de 28/5/98.

A questão relativa ao *fator de conversão* foi objeto de julgamento pelo C. Superior Tribunal de Justiça no *Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.151.363/MG* (2009/0145685-8). O E. Relator Ministro Jorge Mussi, em seu voto, bem explicitou a regra que se deve adotar ao asseverar:

> Importa notar que a legislação em vigor na ocasião da prestação do serviço regula a caracterização e a comprovação da atividade sob condições especiais, conforme dispõe o § 1º supra. Ou seja, *observa-se o regramento da época do trabalho para a prova da exposição aos agentes agressivos à saúde*: se pelo mero enquadramento da atividade nos anexos dos Regulamentos da Previdência, se mediante as anotações de formulários do INSS ou, ainda, pela existência de laudo assinado por médico do trabalho. *Diversamente, no tocante aos efeitos da prestação laboral vinculada ao Sistema Previdenciário, a obtenção de benefício fica submetida às regras da legislação em vigor na data do requerimento.* Por essa razão, o § 2º deixa expresso que as regras de conversão do art. 70 aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período. Isso é possível porque a adoção deste ou daquele fator de conversão depende, tão somente, do tempo de contribuição total exigido em lei para a aposentadoria integral, ou seja, deve corresponder ao valor tomado como parâmetro, numa relação de proporcionalidade, o que corresponde a um mero cálculo matemático. Explica-se: O fator de conversão é o resultado da *divisão* do numero máximo de *tempo comum* (35 para homem e 30 para mulher) pelo número máximo de *tempo especial* (15, 20 e 25). *Ou seja, o fator a ser aplicado ao tempo especial laborado pelo homem para convertê-lo em comum será 1,40, pois 35/25=1,40. Se o tempo for trabalhado por uma mulher, o fator será de 1,20, pois 30/25=1,20.*Se o tempo especial for de 15 ou 20 anos, a regra será a mesma. *Trata-se de regra matemática pura e simples e não de regra previdenciária.* Observando-se os Decretos ns. 53.831/1964 e 83.080/1979, os quais traziam a lista de agentes nocivos e atividades insalubres, extrai-se a informação de que, em ambos os decretos, o tempo máximo de exposição aos agentes a que esteve exposto o recorrido (ruído e frio) era de 25 anos. Todavia, o tempo de serviço comum, para efeito de aposentadoria, constante daqueles decretos, era de, no máximo, 30 anos; portanto, o fator de conversão utilizado nessa hipótese era de 1,2. Destarte, o índice de 1,2 para conversão de tempo especial em aposentadoria comum com 30 anos de contribuição e o índice de 1,4 em relação à aposentadoria com 35 anos têm a mesma função. Converter para comum o tempo de serviço especial relativo à atividade com limite de 25 anos utilizando o fator de 1,2 seria prejudicial ao segurado (homem), porquanto a norma de regência exige, como tempo de contribuição, os 35 anos, como é de notório conhecimento. (...) Nesse contexto, com a alteração dada pelo Decreto n. 4.827/2003 ao Decreto n. 3.048/99, a Previdência Social, na via administrativa, passou a converter os períodos de tempo especial desenvolvidos em qualquer época pelas novas regras da tabela definida no artigo 70, que, para o tempo de serviço especial correspondente a 25

> anos utiliza como fator de conversão, para homens, o multiplicador 1, 40. É o que se denota do artigo 173 da Instrução Normativa n. 20/2007. (grifos meus)

Do caso concreto.

Na peça inaugural a parte autora requer o reconhecimento como especial dos períodos laborados de 04/5/89 a 21/12/89 (vigilante), 14/01/90 a 07/5/91 (vigia) e de 12/7/91 a 16/12/98 (vigilante).

Para comprovar as suas alegações, colacionou aos autos, cópia de sua CTPS (fls. 20), documentação suficiente para justificar a especialidade do labor até 28/4/95, nos termos acima expostos.

Com relação à atividade de guarda ou vigilante, considero possível o reconhecimento, como especial, da atividade exercida após 28/4/95, mesmo sem formulário, laudo técnico ou PPP, em decorrência da periculosidade inerente à atividade profissional, com elevado risco à vida e integridade física. Como bem asseverou o E. Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, do TRF-4ª Região, no julgamento dos Embargos Infringentes nº 2003.71.00.059814-2/RS:

> No que diz respeito ao reconhecimento do tempo de serviço na atividade de vigilante como sendo especial para fins de conversão, cumpre referir que a noção da profissão que se tinha anos atrás, daquela pessoa que, precipuamente, fazia ronda e afugentava pequenos larápios, muitas das vezes inofensivos, hodiernamente deve ser repensada. Efetivamente, cada vez mais as atividades da segurança privada aproximam-se daquelas desenvolvidas pela força policial pública, em razão da elevação do grau de exposição ao risco da ação criminosa, mormente quando uso de arma de fogo. Sempre houve bastante discussão sobre a situação do vigia/vigilante e trabalhadores da área de segurança para fins de aposentadoria especial. No entanto, merece destaque o posicionamento fixado pela Terceira Seção desta Corte (EIAC nº 1999.04.01.08250-0/SC, Rel. para acórdão Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, DJU 10-4-2002) que reconheceu a indigitada atividade como especial para fins de conversão, porquanto equivalente a dos chamados guardas e investigadores (Código 2.5.7 do Quadro Anexo do Decreto 53.831/64), havendo presunção de periculosidade e especialidade na situação do trabalhador, independentemente, inclusive, do porte de arma.

Ressalto, por oportuno, que a não comprovação do desempenho das atividades munido de arma de fogo não impede o reconhecimento do tempo especial, uma vez que o Decreto nº 53.831/64, código 2.5.7, não impõe tal exigência para aqueles que tenham a ocupação de "Guarda", a qual, como exposto, é a mesma exercida pelos vigias e vigilantes.

Versando sobre a matéria em análise, transcrevo o seguinte julgado:

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CÔMPUTO DE TEMPO DE LABOR RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. ATIVIDADE ESPECIAL. COMPROVAÇÃO. RECONHECIMENTO. CONVERSÃO. LEI Nº 9.711/98. DECRETO Nº 3.048/99. PREVIDENCIÁRIO. VIGIA. DESNECESSIDADE DO PORTE DE ARMA DE FOGO . CONCESSÃO. JUROS. HONORÁRIOS.
> 1. O tempo de labor na atividade rural exercido em regime de economia familiar, em período anterior à Lei 8.213/91, pode ser adicionado ao tempo de serviço urbano para fins de aposentadoria por tempo de serviço, independentemente do recolhimento das contribuições previdenciárias, salvo na hipótese da contagem recíproca noutro regime previdenciário, a teor do disposto nos artigos 55, parágrafos 1º e 2º, 94 e 96, inciso IV, todos da Lei nº 8.213/91, e

201, parágrafo 9º, da Constituição Federal de 1988.
2. Comprovado o exercício de atividade rural, em regime de economia familiar, a contar dos 12 anos de idade no caso.
3. A Lei nº 9.711, de 20-11-1998, e o Regulamento Geral da Previdência Social aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06-05-1999, resguardam o direito adquirido de os segurados terem convertido o tempo de serviço especial em comum, até 28-05-1998, observada, para fins de enquadramento, a legislação vigente à época da prestação do serviço.
4. Até 28-04-1995 é admissível o reconhecimento da especialidade por categoria profissional ou por sujeição a agentes nocivos, aceitando-se qualquer meio de prova (exceto para ruído); a partir de 29-04-1995 não mais é possível o enquadramento por categoria profissional, devendo existir comprovação da sujeição a agentes nocivos por qualquer meio de prova até 05-03-1997 e, a partir de então e até 28-05-1998, por meio de formulário embasado em laudo técnico, ou por meio de perícia técnica.
5. A atividade de vigia é considerada especial, por analogia à função de Guarda, prevista no Código 2.5.7 do Decreto 53.832/64, tida como perigosa. A caracterização de tal periculosidade, no entanto, independe do fato de o segurado portar, ou não, arma de fogo no exercício de sua jornada laboral, porquanto tal requisito objetivo não está presente na legislação de regência.
6. Apelo provido, remessa oficial provida em parte.
(TRF-4ª Região, AC nº 2001.71.14.000012-1/RS, Rel. Des. Fed. Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle, Turma Suplementar, j. 27/6/07, v.u., DJU de 16/7/07, grifos meus)

Ante o exposto, de ofício, restrinjo o julgado embargado aos limites do pedido, na forma acima indicada, nego provimento aos embargos infringentes e julgo prejudicado o recurso de fls. 147/148.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0008495-06.2011.4.03.6183
(2011.61.83.008495-1)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: ROSEMEIRE VITORIA SILVA SANTOS E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN
Classe do Processo: ApReeNec 2284493
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/04/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. REMESSA OFICIAL NÃO CONHECIDA. CÔNJUGE E FILHOS INCAPAZES. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. QUALIDADE DE SEGURADO. PERÍCIA MÉDICA INDIRETA. INCAPACIDADE LABORATIVA INICIADA QUANDO O DE CUJUS OSTENTAVA A QUALIDADE DE SEGURADO. ARTIGO 479 DO CPC. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.
- Consoante o artigo 496, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil/2015, não será aplicável o duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a 1.000 (mil) salários-mínimos. No vertente caso, conquanto a sentença seja ilíquida, resta evidente que a condenação ou o proveito econômico obtido na causa não ultrapassa o limite legal previsto.
- A ação foi ajuizada em 17 de setembro de 2012 e o aludido óbito, ocorrido em 04 de maio de 2010, está comprovado pela respectiva Certidão de fl. 23.
- Quanto à qualidade de segurado, infere das anotações lançadas na CTPS juntada por cópias às fls. 180/197 e das informações constantes no extrato do CNIS de fl. 157, contratos de trabalho estabelecidos em períodos intermitentes, desde abril de 1989, sendo que o último vínculo dera-se junto à Integral Impermeabilização e Construção Civil Ltda., entre 10 de outubro de 2005 e 12 de janeiro de 2006. Na sequência, José Roberto Silva Santos foi titular de benefícios previdenciários de auxílio-doença (NB 31/570.429.193-3), de 23.03.2007 a 01.10.2007; (NB 31/523.254.579-1), de 14.01.2008 a 15.05.2008. Considerando o período de graça previsto pelo artigo 13, II do Decreto nº 3.049/1999, a qualidade de segurado teria sido mantida até 16 de julho de 2009.
- Sustentam os autores que, mesmo após a cessação do benefício previdenciário de auxílio-doença, José Roberto Silva Santos continuou a apresentar quadro de crises convulsivas, tendo pleiteado a prorrogação do benefício na esfera administrativa, o qual restou indeferido pelo INSS.
- O laudo de perícia médica indireta de fls. 241/243, no item conclusão, deixou consignado que o *de cujus* era portador de Síndrome Convulsiva, com início em fevereiro de 2006.
- Os relatórios e prontuários médicos acostados à exordial revelam que, mesmo após a cessação do auxílio-doença, José Roberto Silva Santos continuou a ser submetido a tratamento médico, em razão de problemas psiquiátricos e crises convulsivas.
- Conquanto a perícia médica indireta realizada nos autos não tenha sido conclusiva quanto à eventual incapacidade laborativa após a cessação do auxílio-doença, o conjunto probatório está a revelar que as crises convulsivas tiveram início quando José

Roberto Silva Santos ainda ostentava a qualidade de segurado (fevereiro de 2006) e o acompanharam até a data do falecimento. Com efeito, na Certidão de Óbito de fl. 23, constou como causa da morte arritmia cardíaca, cardiopatia isquêmica, infarto agudo do miocárdio e crise convulsiva.
- Aplicáveis à hipótese os preceitos contidos nos artigos 479 e 371 do Código de Processo Civil.
- Não perde a qualidade de segurado aquele que deixou de contribuir para a Previdência Social por estar incapacitado, em virtude da moléstia adquirida.
- A dependência econômica do cônjuge e dos filhos menores de vinte e um anos é presumida, conforme o disposto pelo art. 16, I, § 4º da Lei de Benefícios.
- 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.
- Remessa oficial não conhecida.
- Apelação do INSS provida parcialmente.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 04 de abril de 2018.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Trata-se de remessa oficial e apelação interpostas em ação ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando o benefício de pensão por morte.

Tutela antecipada concedida às fls. 86/87 para a implantação do benefício.

A r. sentença proferida às fls. 284/289 julgou procedente o pedido e condenou a Autarquia Previdenciária à concessão do benefício pleiteado, acrescido dos consectários legais.

Sentença submetida ao reexame necessário.

Em razões recursais de fls. 296/305, pugna o INSS pela reforma da sentença e improcedência do pedido, ao argumento de não terem logrado os autores comprovar os requisitos autorizadores à concessão do benefício, notadamente no que se refere à qualidade de segurado

do instituidor ao tempo do falecimento. Subsidiariamente, insurge-se quanto aos critérios referentes aos consectários legais. Suscita, por fim, o prequestionamento legal, para efeito de interposição de recursos.

Contrarrazões às fls. 308/323.

Devidamente processados os recursos, subiram os autos a esta instância para decisão.

O Ministério Público Federal absteve-se de se manifestar sobre o mérito (fl. 328).

É o relatório.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Inicialmente, necessário se faz salientar que, de acordo com o artigo 496, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil/2015, não será aplicável o duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a 1.000 (mil) salários-mínimos. Na hipótese dos autos, conquanto a sentença seja ilíquida, resta evidente que a condenação ou o proveito econômico obtido na causa não ultrapassa o limite legal previsto, enquadrando-se perfeitamente à norma insculpida no parágrafo 3º, I, artigo 496 do NCPC, razão pela qual se impõe o afastamento do reexame necessário.

Tempestivo o recurso e respeitados os demais pressupostos de admissibilidade recursais, passo ao exame da matéria objeto de devolução.

DA PENSÃO POR MORTE

O primeiro diploma legal brasileiro a prever um benefício contra as consequências da morte foi a Constituição Federal de 1946, em seu art. 157, XVI. Após, sobreveio a Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social), que estabelecia como requisito para a concessão da pensão o recolhimento de pelo menos 12 (doze) contribuições mensais e fixava o valor a ser recebido em uma parcela familiar de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado percebia ou daquela a que teria direito, e tantas parcelas iguais, cada uma, a 10% (dez por cento) por segurados, até o máximo de 5 (cinco).

A Constituição Federal de 1967 e sua Emenda Constitucional nº 1/69, também disciplinaram o benefício de pensão por morte, sem alterar, no entanto, a sua essência.

A atual Carta Magna estabeleceu em seu art. 201, V, que:

> A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei a:
> V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 e seu Decreto Regulamentar nº 3048, de 06 de maio de 1999, disciplinaram em seus arts. 74 a 79 e 105 a 115, respectivamente, o benefício de pensão por morte, que é aquele concedido aos dependentes do segurado, em atividade ou aposentado, em decorrência de seu falecimento ou da declaração judicial de sua morte presumida.

Depreende-se do conceito acima mencionado que para a concessão da pensão por morte

é necessário o preenchimento de dois requisitos: ostentar o falecido a qualidade de segurado da Previdência Social, na data do óbito e possuir dependentes incluídos no rol do art. 16 da supracitada lei.

A qualidade de segurado, segundo Wladimir Novaes Martinez, é a:

> denominação legal indicativa da condição jurídica de filiado, inscrito ou genericamente atendido pela previdência social. Quer dizer o estado do assegurado, cujos riscos estão previdenciariamente cobertos.
> (Curso de Direito Previdenciário. Tomo II - Previdência Social. São Paulo: LTr, 1998, p. 594).

Mantém a qualidade de segurado aquele que, mesmo sem recolher as contribuições, conserve todos os direitos perante a Previdência Social, durante um período variável, a que a doutrina denominou "período de graça", conforme o tipo de segurado e a sua situação, nos termos do art. 15 da Lei de Benefícios, a saber:

> Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:
> I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;
> II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;
> III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;
> IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;
> V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;
> VI - até (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

É de se observar, ainda, que o § 1º do supracitado artigo prorroga por 24 (vinte e quatro) meses tal período de graça aos que contribuíram por mais de 120 (cento e vinte) meses.

Em ambas as situações, restando comprovado o desemprego do segurado perante o órgão do Ministério do Trabalho ou da Previdência Social, os períodos serão acrescidos de mais 12 (doze) meses. A comprovação do desemprego pode se dar por qualquer forma, até mesmo oral, ou pela percepção de seguro-desemprego.

Convém esclarecer que, conforme disposição inserta no § 4º do art. 15 da Lei nº 8.213/91, c.c. o art. 14 do Decreto Regulamentar nº 3.048/99, com a nova redação dada pelo Decreto nº 4.032/01, a perda da qualidade de segurado ocorrerá no 16º dia do segundo mês seguinte ao término do prazo fixado no art. 30, II, da Lei nº 8.212/91 para recolhimento da contribuição, acarretando, consequentemente, a caducidade de todos os direitos previdenciários.

Conforme já referido, a condição de dependentes é verificada com amparo no rol estabelecido pelo art. 16 da Lei de Benefícios, segundo o qual possuem dependência econômica presumida o cônjuge, o(a) companheiro(a) e o filho menor de 21 (vinte e um) anos, não emancipado ou inválido. Também ostentam a condição de dependente do segurado, desde que comprovada a dependência econômica, os pais e o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

De acordo com o § 2º do supramencionado artigo, o enteado e o menor tutelado são equiparados aos filhos mediante declaração do segurado e desde que comprovem a dependência econômica.

DO CASO DOS AUTOS

No caso em apreço, a ação foi ajuizada em 17 de setembro de 2012 e o aludido óbito, ocorrido em 04 de maio de 2010, está comprovado pela respectiva Certidão de fl. 23.

Quanto à qualidade de segurado, infere das anotações lançadas na CTPS juntada por cópias às fls. 180/197 e das informações constantes no extrato do CNIS de fl. 157 contratos de trabalho estabelecidos em períodos intermitentes, desde abril de 1989, sendo que o último vínculo dera-se junto à Integral Impermeabilização e Construção Civil Ltda., entre 10 de outubro de 2005 e 12 de janeiro de 2006.

Na sequência, José Roberto Silva Santos foi titular de benefícios previdenciários de auxílio-doença (NB 31/570.429.193-3), de 23.03.2007 a 01.10.2007; (NB 31/523.254.579-1), de 14.01.2008 a 15.05.2008.

Considerando o período de graça previsto pelo artigo 13, II do Decreto nº 3.049/1999, a qualidade de segurado teria sido mantida até 16 de julho de 2009.

No entanto, sustentam os autores que, mesmo após a cessação do benefício previdenciário de auxílio-doença, José Roberto Silva Santos continuou a apresentar quadro de crises convulsivas, tendo pleiteado a prorrogação do benefício na esfera administrativa, o qual restou indeferido pelo INSS (fl. 137).

O laudo de perícia médica indireta de fls. 257/264, realizado nos presentes autos, no item conclusão, o perito deixou consignado que o *de cujus* era portador de síndrome convulsiva, com início em fevereiro de 2006, vale dizer, época em que ele ainda ostentava a qualidade de segurado.

O conjunto probatório está a revelar que, mesmo após a cessação do auxílio-doença, o *de cujus* estivera acometido por crises convulsivas, as quais se prorrogaram até a data do falecimento.

A esse respeito, verifico que o receituário médico de fl. 63, emitido em 05 de março de 2008, demonstra que o paciente referia apresentar convulsões repetidas.

Os receituários médicos de fls. 66/68, emitidos em maio de 2008 e, em outubro de 2009, fazem prova de que o *de cujus* prosseguiu com tratamento médico, inclusive com neurologista. No receituário de fl. 68 consta que o tratamento se referia ao CID 10. G40 (epilepsia e síndrome epilépticas).

Com efeito, na Certidão de Óbito de fl. 23 constou como causa da morte arritmia cardíaca, cardiopatia isquêmica, infarto agudo do miocárdio e crise convulsiva.

No relatório médico de fl. 79, emitido pelo Departamento Hospitalar Municipal Tide Setubal da Capital, em 21 de maio de 2010, consta que o paciente estivera internado entre 25.04.2010 e 04.05.2010, em razão de crises convulsivas repetitivas e dor precordial, permanecendo internado para suporte clínico cardiológico e neurológico. Durante a internação, apresentou arritmia cardíaca, evoluindo para parada cardiorrespiratória, vindo a óbito.

Dentro desse quadro, entendo comprovada a incapacidade laborativa, após a cessação do auxílio-doença, o que não destoa sobremaneira do laudo de perícia médica indireta, ainda que o expert não tenha sido conclusivo quanto a sua prorrogação, ao ponderar:

> (...)
> De acordo com os dados obtidos na perícia médica, pode-se concluir que o periciando era portador de Síndrome Convulsiva, possivelmente uma Epilepsia, com início declarado nos documentos médicos em fevereiro de 2006.

> Passou a realizar acompanhamento e tratamento especializado com neurologista e posteriormente consta curso da moléstia com associação a sintomas psíquicos, especialmente déficit de memória e de atenção.
> Inclusive, o periciando passou em avaliação psiquiátrica, descrita anteriormente no item "Documentos de Interesse Médico Legal", com identificação de déficit de memória possivelmente secundária à epilepsia, com exame psíquico normal.
> Em fevereiro de 2008, o periciando passou em perícia médica previdenciária, quando foi concedido o benefício de auxílio-doença até maio do mesmo ano.
> Posteriormente, o periciando foi internado em caráter de emergência em abril de 2010, com identificação de Infarto Agudo do Miocárdio e Arritmia Cardíaca, evoluindo com para cardiorrespiratória e óbito, constatado em 04 de maio de 2010.
> Portanto, não há como se determinar as condições clínica e laborativa do periciando no período compreendido entre a alta previdenciária em maio de 2008 e sua internação hospitalar que culminou com seu óbito em abril de 2010.

Aplicáveis à hipótese os preceitos contidos nos artigos 479 e 371 do Código de Processo Civil:

> Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.
>
> Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Não perde a qualidade de segurado aquele que deixou de contribuir para a Previdência Social por estar incapacitado, em virtude da moléstia adquirida.

Nesse sentido, destaco acórdão do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DAS RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO. PRECEDENTES.
> (...)
> 4. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido de que não perde o direito ao benefício o segurado que deixa de contribuir para a previdência por estar incapacitado para o trabalho. Precedentes.
> 5. Recurso não conhecido.
> (5a Turma, REsp nº 84152, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, v.u., DJ de 19.12.2002, p. 453).

Em caso análogo, decidiu assim esta Corte:

> PREVIDENCIÁRIO, APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. E,MPREGADA DOMÉSTICA. ÔNUS DE RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PERDA DA CONDIÇÃO DE SEGURADO NÃO CONFIGURADA. ART. 151 DA LEI Nº 8.213/91.
> (...)
> III - Não há que se falar em perda da qualidade de segurada se a segurada deixou de contribuir por se encontrar incapacitada para o trabalho.
> (...)
> X - Recurso parcialmente provido.
> (2ª Turma, Ac nº 1999.03.99.084373-1, Rel. Dês. Fed. Marianina Galante, v.u., DJU de 28.08.2002, p. 374).

A relação conjugal entre a autora e o *de cujus* foi comprovada pela Certidão de Casamento de fl. 14.

Os filhos João Gabriel Silva Santos e João Vitor Silva Santos, nascidos em 27.04.1996 e, em 22.11.1999, eram menores absolutamente incapazes, ao tempo do decesso do genitor.

Desnecessária a demonstração da dependência econômica, pois, segundo o art. 16, I, § 4º, da Lei de Benefícios, a mesma é presumida em relação ao cônjuge e ao 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.

Em face de todo o explanado, os autores fazem jus ao benefício de pensão por morte, a contar da data do falecimento de José Roberto Silva Santos.

Por ocasião da liquidação da sentença, deverá ser compensado o valor das parcelas auferidas em decorrência da antecipação da tutela.

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.

PREQUESTIONAMENTO

Cumpre salientar, diante de todo o explanado, que a r. sentença monocrática não ofendeu qualquer dispositivo legal, não havendo razão ao prequestionamento suscitado pelo Instituto Autárquico.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, *não conheço da remessa oficial e dou parcial provimento à apelação do INSS*, para reformar a sentença recorrida, no que se refere aos critérios de incidência dos juros de mora e da correção monetária. Os honorários advocatícios deverão ser fixados por ocasião da liquidação do julgado, na forma da fundamentação. *Mantenho a tutela concedida*.

É o voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0001640-23.2012.4.03.6103
(2012.61.03.001640-2)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: NANCI REGINA GALHANI TIRONI
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES
Classe do Processo: ApReeNec 1915150
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/05/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONVERSÃO DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO EM APOSENTADORIA ESPECIAL. COMPROVAÇÃO DAS CONDIÇÕES ESPECIAIS. DENTISTA. AUTÔNOMO. AGENTES BIOLÓGICOS. IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. MANUAL DE CÁLCULOS NA JUSTIÇA FEDERAL E LEI Nº 11.960/2009. HONORÁRIOS DE ADVOGADO MANTIDOS.
1. São requisitos para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, de acordo com os arts. 52 e 142 da Lei 8.213/91, a carência e o recolhimento de contribuições, ressaltando-se que o tempo de serviço prestado anteriormente à Emenda Constitucional 20/98 equivale a tempo de contribuição, a teor do seu art. 4º.
2. Deve ser observada a legislação vigente à época da prestação do trabalho para o reconhecimento da natureza da atividade exercida pelo segurado e os meios de sua demonstração.
3. A especialidade do tempo de trabalho é reconhecida por mero enquadramento legal da atividade profissional (até 28/04/95), por meio da confecção de informativos ou formulários (no período de 29/04/95 a 10/12/97) e via laudo técnico ou perfil profissiográfico previdenciário (a partir de 11/12/97).
4. É possível o reconhecimento do exercício de atividades especiais pelo trabalhador autônomo (REsp nº 1.436.794-SC), desde que comprovado o recolhimento das contribuições previdenciárias no período, o efetivo exercício da profissão e a insalubridade da atividade, nos termos exigidos pela legislação previdenciária nos variados períodos de sua evolução.
5. Condição especial de trabalho configurada. Exposição habitual e permanente à agentes biológicos, enquadrando-se no código 1.3.2 do Decreto nº 53.831/64 e no item 1.3.4 do Decreto nº 83.080/79.
6. O uso de EPI não obsta a efetiva exposição aos agentes nocivos que deve ser interpretada como potencialmente insalubre e perigosa, considerando o risco de perfuração do material protetor.
7. Reconhecidas as atividades especiais, deve o INSS proceder ao recálculo da renda mensal inicial (RMI) do benefício da parte autora.
8. 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 a partir da

vigência da Lei nº 11.960/09, 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. Correção de ofício.
9. Honorários de advogado mantidos. Sentença proferida na vigência do Código de Processo Civil/73. Inaplicabilidade da sucumbência recursal prevista no artigo 85, § 11º do CPC/2015.
10. Sentença corrigida de ofício. Apelação do INSS e remessa necessária não providas.

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, corrigir, de ofício, a sentença para fixar os critérios de atualização do débito e negar provimento à apelação do INSS e à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de abril de 2018.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

Trata-se de ação em que se pleiteia a conversão da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição em aposentadoria especial, mediante o reconhecimento de período laborado em atividades especiais (29.04.95 a 07.06.2008), com pedido subsidiário de revisão da RMI do benefício.

A sentença julgou procedente o pedido para reconhecer como laborado em atividades especiais o período de 29.04.95 a 07.06.2008 (na qualidade de cirurgiã-dentista autônoma), determinando ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a alterar o benefício da parte autora convertendo-o em aposentadoria especial, nos termos do art. 57 da Lei 8.213/91, condenando-o, em consequência, ao pagamento das diferenças desde a data do requerimento administrativo (22.03.2011 - fls. 106), corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora nos termos do Manual de Orientações de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. Condenou o réu, também, ao pagamento de honorários de advogado, fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, considerado como termo final desta a data da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do C. STJ. Não houve condenação em custas.

Sentença submetida à remessa necessária.

Apela o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, alegando a impossibilidade do enquadramento das atividades exercidas pela parte autora como especiais, notadamente em razão do uso de EPI e da ausência de prévia fonte de custeio. Sustenta, ainda, a inadmissibilidade da conversão de tempo especial em comum após 28.05.98.

Contrarrazões pela parte apelada.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES – Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação.

Passo ao exame do mérito.

Aposentadoria Especial

A aposentadoria por tempo de serviço especial teve assento primeiro no artigo 31 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS, que estabeleceu que seria concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 15 (quinze) anos de contribuições, tivesse trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, em serviços que, para esse efeito, fossem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo.

Prevê ainda, o mencionado diploma legal, no art. 162, o reconhecimento de atividade especial prestada em data anterior à sua edição, na hipótese de seu cômputo ser mais benéfico ao segurado.

Como assentado pelas Cortes Superiores "tal hipótese, apesar de similar, não se confunde com a questão da legislação aplicável ao caso de concessão de aposentadoria, tampouco com aquela que diz respeito à possibilidade de aplicação retroativa da lei nova que estabeleça restrição ao cômputo do tempo de serviço. (...) Interpretação diversa levaria à conclusão de que o segurado, sujeito a condições insalubres de trabalho, só teria direito à aposentadoria especial após 15, 20 e 25 anos de trabalho exercida depois da Lei nº 3.807/60, desconsiderando, portanto, todo o período de labor, também exercido em tal situação, porém em data anterior à lei de regência" (Ag Rg no REsp nº 1015694, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza Assis de Moura, DJe 01/02/2011)

Essa norma foi expressamente revogada pela Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, que passou a discipliná-la no artigo 9º, alterando, em efeitos práticos, apenas o período de carência de 15 (quinze) anos para 5 (cinco) anos de contribuição, mantendo no mais a redação original.

Sobreveio, então, o Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, reclassificando as atividades profissionais segundo os agentes nocivos e os grupos profissionais tidos por perigosos, insalubres ou penosos, com os respectivos tempos mínimos de trabalho.

Importante ressaltar que os Decretos nºs. 53.831/64 e 83.080/79 tiveram vigências simultâneas, de modo que, conforme reiteradamente decidido pelo C. STJ, havendo colisão entre as mencionadas normas, prevalece a mais favorável ao segurado. (REsp nº 412351, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 21/10/2003, DJ 17/11/2003, pág. 355).

As atividades insalubres previstas nas aludidas normas são meramente exemplificativas, podendo outras funções ser assim reconhecidas, desde que haja similitude em relação àquelas legalmente estatuídas ou, ainda, mediante laudo técnico-pericial demonstrativo da nocividade da ocupação exercida. Nesse sentido, o verbete 198 da Súmula do TFR.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a matéria passou a ser prevista no inciso II do artigo 202 e disciplinada no artigo 57 da Lei nº 8.213/91, cuja redação original previa que o benefício de aposentadoria especial seria devido ao segurado que, após cumprir a carência exigida, tivesse trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, sujeito a condições especiais que prejudicassem a saúde ou a integridade física, restando assegurada, ainda, a conversão do período trabalhado no exercício de atividades danosas em tempo de contribuição comum (§3º).

Em seguida, foi editada a Lei nº 9.032/95, alterando o artigo 57 da Lei nº 8.213/91, dispondo que a partir desse momento não basta mais o mero enquadramento da atividade exercida pelo segurado na categoria profissional considerada especial, passando a ser exigida a demonstração da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, químicos, físicos e biológicos, que poderá se dar por meio da apresentação de informativos e formulários, tais como o SB-40 ou o DSS-8030.

Posteriormente, com a edição do Decreto nº 2.172, de 05/03/1997, que estabeleceu requisitos mais rigorosos para a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, passou-se a exigir-se a apresentação de laudo técnico para a caracterização da condição especial da atividade exercida. Todavia, por se tratar de matéria reservada à lei, tal exigência apenas tem eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10/12/1997.

Cumpre observar que a Lei nº 9528/97 também passou a aceitar o Perfil Profissiográfico Previdenciário, documento que busca retratar as características de cada emprego do segurado, de forma a facilitar a futura concessão de aposentadoria especial. Assim, identificado no documento o perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, é possível a sua utilização para comprovação da atividade especial em substituição ao laudo pericial.

Ressalto que no tocante ao reconhecimento da natureza da atividade exercida pelo segurado e à forma da sua demonstração, deve ser observada a legislação vigente à época da prestação do trabalho, conforme jurisprudência pacificada da matéria (STJ - Pet 9.194/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/05/2014, DJe 03/06/2014).

A extemporaneidade do documento comprobatório das condições especiais de trabalho não prejudica o seu reconhecimento como tal, "pois a situação em época remota era pior ou ao menos igual a constatada na data da elaboração do laudo, tendo em vista que as condições do ambiente de trabalho só melhoraram com a evolução tecnológica." (Des. Fed. Fausto De Sanctis, AC nº 2012.61.04.004291-4, j. 07/05/2014)

Especificamente em relação ao ruído, o Decreto nº 53.831/64 considerava insalubre o labor desempenhado com exposição permanente a ruído acima de 80 dB; já o Decreto nº 83.080/79 fixava a pressão sonora em 90 dB. Na medida em que as normas tiveram vigência simultânea, prevalece disposição mais favorável ao segurado (80 dB).

Com a edição do Decreto nº 2.172/97, a intensidade de ruído considerada para fins de reconhecimento de insalubridade foi elevada para 90 dB, mas, em 2003, essa medida foi reduzida para 85 dB, por meio do Decreto nº 4.882, de 18 de novembro de 2003.

Até 09 de outubro de 2013, os Tribunais adotavam o enunciado pela Súmula nº 32 da TNU. Contudo, esta Súmula foi cancelada em decorrência do julgamento da PET 9059 pelo Superior Tribunal de Justiça (Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, j. 28/08/2013, DJe 09/09/2013) cujo entendimento foi sufragado no julgamento do REsp 1398260/PR (Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 14/05/2014, DJe 05/12/2014), sob a sistemática dos recursos repetitivos.

Em relação ao agente ruído, vigora o princípio do tempus regit actum. Considera-se especial a atividade desenvolvida acima do limite de 80dB até 05/03/1997, quando foi editado o Decreto nº 2.172/97, a partir de então deve-se considerar especial a atividade desenvolvida acima de 90dB até 18/11/2003, quando foi editado o Decreto nº 4882/2003. A partir de 19/11/2003 o limite passou a ser de 85 dB.

Saliente-se que a especialidade do tempo de trabalho é reconhecida por mero enquadramento legal da atividade profissional (até 28/04/95), por meio da confecção de informativos ou formulários (no período de 29/04/95 a 10/12/97) e via laudo técnico ou perfil profissiográfico

previdenciário (a partir de 11/12/97).

É corrente em nossos tribunais a tese de que sempre se exigiu laudo técnico para comprovar a exposição do trabalhador aos agentes físicos ruído e calor em níveis superiores aos limites máximos de tolerância. Entretanto, no tocante às atividades profissionais exercidas até 10/12/97 - quando ainda não havia a exigência legal de laudo técnico -, essa afirmação deve ser compreendida, não na literalidade, mas no sentido de ser necessário o atesto efetivo e seguro dos níveis de intensidade dos agentes nocivos a que o trabalhador esteve exposto durante sua jornada laboral.

Logo, para as atividades profissionais exercidas até 10/12/97, é suficiente que os documentos apresentados façam expressa menção aos níveis de intensidade dos agentes nocivos.

Atividade especial e trabalhador autônomo

Conforme orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.436.794-SC em 17/09/15, de relatoria do Min. Maura Campbell Marques (2ª Turma), é possível o reconhecimento das atividades especiais do trabalhador autônomo:

> PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO CARACTERIZAÇÃO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ESPECIAL. SEGURADO CONTRIBUINTE INDIVIDUAL NÃO COOPERADO. POSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE ESPECIAL. REVISÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E NESSA PARTE NÃO PROVIDO.
> 1. Não há violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, pois *in casu* o Tribunal Regional Federal da 4ª Região analisou integralmente todas as questões levadas à sua apreciação, notadamente, a possibilidade de se reconhecer ao segurado contribuinte individual tempo especial de serviço, bem como conceder o benefício aposentadoria especial.
> 2. O *caput* do artigo 57 da Lei 8.213/1991 não traça qualquer diferenciação entre as diversas categorias de segurados, elegendo como requisitos para a concessão do benefício aposentadoria especial tão somente a condição de segurado, o cumprimento da carência legal e a comprovação do exercício de atividade especial pelo período de 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos.
> 3. O artigo 64 do Decreto 3.048/1999, ao limitar a concessão do benefício aposentadoria especial ao segurado empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual cooperado, extrapola os limites da Lei de Benefícios que se propôs regulamentar, razão pela qual deve ser reconhecida sua ilegalidade.
> 4. Tese assentada de que é possível a concessão de aposentadoria especial ao contribuinte individual não cooperado que cumpra a carência e comprove, nos termos da lei vigente no momento da prestação do serviço, o exercício de atividade sob condições especiais que prejudiquem a sua saúde ou sua integridade física pelo período de 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte cinco) anos.
> 5. Alterar a conclusão firmada pelo Tribunal de origem quanto à especialidade do trabalho, demandaria o necessário reexame no conjunto fático-probatório, prática que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.
> 6. Recurso especial parcialmente conhecido e nessa parte não provido.

Uso de equipamento de proteção individual - EPI, como fator de descaracterização do tempo de serviço especial

A questão foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE nº 664335, da relatoria do E. Ministro Luiz Fux, com reconhecimento de repercussão geral, na data de 04.12.2014, em que restou decidido que 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 ao reconhecimento das atividades especiais.

Restou assentado também que, 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.

O fato de a empresa fornecer equipamento de proteção individual - EPI para neutralização dos agentes agressivos não afasta, por si só, a contagem do tempo especial, pois cada caso deve ser examinado em suas peculiaridades, comprovando-se a real efetividade do aparelho e o uso permanente pelo empregado durante a jornada de trabalho. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1428183/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 25/02/2014, DJe 06/03/2014).

Ainda, conforme a jurisprudência citada, tratando-se especificamente do agente nocivo ruído, desde que em níveis acima dos limites legais, constata-se que, apesar do uso de Equipamento de Proteção Individual (protetor auricular) reduzir a agressividade do ruído a um nível tolerável, até no mesmo patamar da normalidade, a potência do som em tais ambientes causa danos ao organismo que vão muito além daqueles relacionados à perda das funções auditivas.

Conversão do tempo de serviço especial em comum

Deve ser afastada qualquer tese de limitação temporal de conversão de tempo de serviço especial em comum, seja em períodos anteriores à vigência da Lei nº 6.887, de 10/12/1980, ou posteriores a Lei nº 9.711, de 20/11/1998, permanecendo, assim, a possibilidade legal de conversão, inclusive para períodos posteriores a maio de 1998, uma vez que a norma prevista no artigo 57, § 5º, da Lei nº 8.213/91 permanece em vigor, tendo em vista que a revogação pretendida pela 15ª reedição da MP 1663 não foi mantida quando da conversão na Lei nº 9.711/98. Nesse sentido decidiu a Terceira Seção do STJ no Resp 1.151.363/MG, Relator Ministro Jorge Mussi, data do julgamento: 23/03/2011.

O Decreto nº 83.080/79 foi renovado pelo Decreto nº 3.048/99 e este, por sua vez, prevê expressamente em seu art. 70 e seguintes (na redação dada pelo Decreto nº 4.827/03), que os fatores de conversão (multiplicadores) nele especificados aplicam-se na conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum ao trabalho prestado em qualquer período.

Caso concreto - elementos probatórios

Pleiteia a parte autora por meio desta ação a conversão da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição em aposentadoria especial, mediante o reconhecimento de período laborado em atividades especiais (29.04.95 a 07.06.2008), com pedido subsidiário de revisão da RMI do benefício.

De início, verifica-se que a controvérsia cinge-se à especialidade das atividades trabalhadas no período de 29.04.95 a 07.06.2008, reconhecida na sentença, considerando que em relação aos demais, quais sejam, de 01.02.82 a 31.03.82, 01.04.82 a 31.05.82, 01.06.82 a 31.08.82, 01.09.82 a 31.10.82, 01.11.82 a 31.01.84, 01.02.84 a 31.12.84 e de 01.01.85 a 28.04.95, já houve reconhecimento na esfera administrativa do INSS (fls. 102/103).

Não obstante seja possível, "em tese", o reconhecimento das atividades especiais exercidas pelo trabalhador autônomo (REsp nº 1.436.794-SC), é imprescindível a associação de outras circunstâncias que tornem tal reconhecimento viável. São elas: a comprovação do recolhimento

das contribuições previdenciárias individuais no período; a comprovação do efetivo exercício da profissão e, por último, a comprovação da insalubridade da atividade nos termos exigidos pela legislação previdenciária nos variados períodos de sua evolução.

Assim, possível o reconhecimento como especial do período de 29.04.95 a 07.06.2008, laborado na função de cirurgiã-dentista na condição de autônomo, em consultório particular, porquanto restou comprovada a exposição habitual e permanente a agentes biológicos (bactérias e vírus), conforme os documentos (PPP - Perfil Profissiográfico Previdenciário, acompanhado de laudo técnico) colacionados às fls. 46 e 64/69, enquadrando-se no código 1.3.2 do Decreto nº 53.831/64, no item 1.3.4 do Decreto nº 83.080/79 e item 3.0.1 do Decreto nº 2.172/97.

Não obstante conste nos documentos de fls. 46 e 64/69 a utilização de EPI (óculos de segurança, luvas de procedimento, máscara cirúrgica e avental de chumbo), entendo que, no caso dos autos, o uso de EPI não obsta a efetiva exposição aos agentes nocivos, notadamente os infecciosos, que deve ser interpretada como potencialmente insalubre e perigosa, considerando o risco de perfuração do material protetor, no atendimento odontológico ambulatorial.

Além da exposição a agentes biológicos, restou comprovado também que a parte autora laborou no período em análise (29.04.95 a 07.06.2008) sujeita à exposição habitual e permanente a agentes químicos (mercúrio) (fls. 46 e 64/69), enquadrando-se no código 1.2.8 do Decreto nº 53.831/64 e no item 1.2.8 do Decreto nº 83.080/79.

Anote-se que embora o PPP - Perfil Profissiográfico Previdenciário de fls. 46 tenha sido emitido pela própria autora, consta dos autos laudo técnico de condições ambientais do trabalho, elaborado e assinado por engenheiro de segurança do trabalho (fls. 64/69), o qual constatou a exposição da parte autora a agentes biológicos e químicos (mercúrio) durante o labor na condição de cirurgiã-dentista.

Restou também comprovado o recolhimento das contribuições previdenciárias no período sob análise, na qualidade de contribuinte individual, consoante planilhas extraídas do sistema informatizado CNIS (fls. 123/137 e 143/153).

Como prova do efetivo exercício da profissão, a parte autora colacionou aos autos os seguintes documentos: (a) guia de recolhimento de tributo municipal (ISS) do exercício 1995, em favor da Prefeitura Municipal de Caçapava/SP (fls. 63), acompanhada de certidão expedida pela Prefeitura, acerca da inexistência de débitos até 16.06.2008 (fls. 45); (b) guia de recolhimento de anuidade do exercício 2008 perante o Conselho Regional de Odontologia - CRO/SP (fls. 41/42); (c) declaração emitida pelo CRO/SP certificando acerca da inscrição da parte autora desde 14.07.78 e a inexistência de débitos até 15.05.2008, junto ao conselho de classe (fls. 44); (d) declaração emitida em 14.05.2008 pela Associação Paulista de Cirurgiões-Dentistas, acerca da adesão da parte autora desde 02.02.82 e da inexistência de débitos (fls. 44).

Quanto à alegação de necessidade de prévio custeio, ressalto que inexiste vinculação do ato de reconhecimento de tempo de atividade perigosa/nociva ao eventual pagamento de encargos tributários com alíquotas diferenciadas, eis que os artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91, não demandam tal exigência, que constituiria encargo para o empregador, não podendo o empregado ser por isso prejudicado.

A soma do período especial aqui reconhecido (29.04.95 a 07.06.2008) com aqueles já admitidos como especiais pelo INSS no âmbito administrativo (01.02.82 a 31.03.82, 01.04.82 a 31.05.82, 01.06.82 a 31.08.82, 01.09.82 a 31.10.82, 01.11.82 a 31.01.84, 01.02.84 a 31.12.84 e de 01.01.85 a 28.04.95 - fls. 102/103) totaliza mais de 25 anos de tempo de serviço especial, o que autoriza a conversão da aposentadoria por tempo de serviço em aposentadoria especial, nos termos do art. 57 da Lei nº 8.213/91, restando mantida a sentença.

São devidas as diferenças decorrentes da conversão da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição em aposentadoria especial desde a data do requerimento administrativo em 22.03.2011 (fls. 106), uma vez que a parte autora demonstrou que já havia preenchido os requisitos necessários ao reconhecimento das atividades especiais desde então.

Ressalte-se a inocorrência da prescrição quinquenal (artigo 103, §único, da Lei nº 8.213/91), à vista da apresentação do requerimento administrativo em 22.03.2011 (fls. 106) e da propositura da presente ação em 02.03.2012 (fls. 02).

No que tange aos critérios de atualização do débito, por tratar-se de consectários legais, revestidos de natureza de ordem pública, são passíveis de correção de ofício, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/97. APLICAÇÃO IMEDIATA. ART. 5º DA LEI N. 11.960/09. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF). ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA APLICÁVEL: IPCA. JULGAMENTO DE ADI NO STF. SOBRESTAMENTO. INDEFERIMENTO.
> .....
> 5. A correção monetária e os juros de mora, como consectários legais da condenação principal, possuem natureza de ordem pública e podem ser analisados até mesmo de ofício, bastando que a matéria tenha sido debatida na Corte de origem. Logo, não há falar em *reformatio in pejus*.
> .....
> (AgRg no AREsp 288026/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 20/02/2014)
>
> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OBSERVÂNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO *NON REFORMATIO IN PEJUS* E DA INÉRCIA DA JURISDIÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA QUE NÃO DEPENDE DE RECURSO VOLUNTÁRIO PARA A CORTE ESTADUAL.
> 1. A correção monetária, assim como os juros de mora, incide sobre o objeto da condenação judicial e não se prende a pedido feito em primeira instância ou a recurso voluntário dirigido à Corte estadual. É matéria de ordem pública, cognoscível de ofício em sede de reexame necessário, máxime quando a sentença afirma a sua incidência, mas não disciplina expressamente o termo inicial dessa obrigação acessória.
> 2. A explicitação do momento em que a correção monetária deverá incidir no caso concreto feita em sede de reexame de ofício não caracteriza *reformatio in pejus* contra a Fazenda Pública estadual, tampouco ofende o princípio da inércia da jurisdição.
> 3. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no REsp 1291244/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 05/03/2013)

Assim, corrijo a sentença e estabeleço que 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 a partir da vigência da Lei nº 11.960/09, 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.

Com relação aos honorários de advogado, estes devem ser mantidos na forma como fixados na sentença, considerando que o recurso foi interposto na vigência do Código de Processo Civil /1973, não se aplicando 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).

Ante o exposto, *de ofício, corrijo a sentença para fixar os critérios de atualização do débito e nego provimento à apelação do INSS e à remessa necessária.*

É como voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0004491-17.2013.4.03.6130
(2013.61.30.004491-0)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: SERGIO MANZINI
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE OSASCO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA
Classe do Processo: Ap 2285946
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/05/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO - CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE - DEMAIS REQUISITOS PREENCHIDOS - TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO - JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA - APELO IMPROVIDO - SENTENÇA REFORMADA, EM PARTE.
1. Por ter sido a sentença proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 2015 e, em razão de sua regularidade formal, conforme certificado nos autos, a apelação interposta deve ser recebida e apreciada em conformidade com as normas ali inscritas.
2. Os *benefícios por incapacidade*, previstos na Lei nº 8.213/91, destinam-se aos segurados que, após o cumprimento da carência de 12 (doze) meses (art. 25, I), sejam acometidos por incapacidade laboral: (i) incapacidade total e definitiva para qualquer atividade laborativa, no caso de *aposentadoria por invalidez* (art. 42), ou (ii) incapacidade para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, no caso de *auxílio-doença* (art. 59).
3. Para a obtenção dos benefícios por incapacidade, deve o requerente comprovar o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) qualidade de segurado, (ii) cumprimento da carência, quando for o caso, e (iii) incapacidade laboral.
4. No caso dos autos, o exame médico, realizado pelo perito oficial em 23/06/2015, concluiu que a parte autora, porteiro, idade atual de 59 anos, está incapacitada de forma total e permanente para o exercício da atividade laboral, como se vê do laudo oficial.
5. Ainda que o magistrado não esteja adstrito às conclusões do laudo pericial, conforme dispõem os artigos 436 do CPC/73 e artigo 479 do CPC/2015, estas devem ser consideradas, por se tratar de prova técnica, elaborada por profissional da confiança do Juízo e equidistante das partes.
6. O laudo em questão foi realizado por profissional habilitado, equidistante das partes, capacitado, especializado em perícia médica, e de confiança do r. Juízo, cuja conclusão encontra-se lançada de forma objetiva e fundamentada, não havendo que falar em realização de nova perícia judicial. Atendeu, ademais, às necessidades do caso concreto, possibilitando concluir que o perito realizou minucioso exame clínico, respondendo aos quesitos formulados, e levou em consideração, para formação de seu convencimento, a documentação médica colacionada aos autos.
7. O INSS, ao impugnar o laudo oficial, não apresentou qualquer documento técnico idôneo capaz de infirmar as suas conclusões.

8. Demonstrada, através do laudo elaborado pelo perito judicial, a incapacidade total e permanente para o exercício da atividade laboral, é possível conceder a aposentadoria por invalidez, até porque preenchidos os demais requisitos legais.
9. O retorno da parte autora ao trabalho após a cessação do auxílio-doença, ao contrário do alegado pelo INSS, não é prova de que ela estava apta para o trabalho, pois a sua incapacidade laboral restou comprovada através de prova técnica. Cessado o benefício na esfera administrativa, e não concedida a antecipação dos efeitos da tutela, requerida nestes autos, é de se presumir que o retorno ao trabalho se deu por questões de sobrevivência, em que pesem as suas condições de saúde.
10. Restou incontroverso, nos autos, que a parte autora é segurada da Previdência Social e cumpriu a carência de 12 (doze) contribuições, exigida pelo artigo 25, inciso I, da Lei nº 8.213/91.
11. O termo inicial da aposentadoria por invalidez fica mantido em 06/05/2008, dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença.
12. Não é o caso de se excluir, do montante devido, os períodos em que a parte autora, não obstante estivesse incapacitada, mas por necessidade, retornou ao trabalho, em conformidade com o entendimento consolidado nesta Colenda Turma, segundo o qual, "premido a laborar, diante do direito vilipendiado e da necessidade de sobrevivência, com recolhimentos ao RGPS, não se pode admitir a penalização do segurado com o desconto dos valores do benefício devido no período em que perdurou o contrato de trabalho. Até porque, nessas circunstâncias, tal raciocínio serviria de estímulo ao mercado informal de trabalho, absolutamente censurável e ofensivo à dignidade do trabalhador, eis que completamente à margem da fiscalização estatal, o que implicaria, inclusive, em prejuízo ao erário e ao custeio do regime" (AC Nº 0031573-95.2009.4.03.9999/SP, Relator Desembargador Federal Carlos Delgado, DE 31/08/2017).
13. A inconstitucionalidade do critério de correção monetária introduzido pela Lei nº 11.960/2009 foi declarada pelo Egrégio STF (RE nº 870.947/PE, repercussão geral) e, por isso, não pode ser acolhido o apelo do INSS. Apesar da recente decisão do STJ (REsp repetitivo nº 1.495.146/MG), que estabelece o INPC/IBGE como critério de correção monetária, não pode subsistir a sentença na parte em que determinou sua aplicação, porque em confronto com o índice declarado aplicável no julgado acima mencionado (IPCA-e), impondo-se a modificação da sentença, inclusive, de ofício.
14. Para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, aplicam-se, até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009, os índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal; e, após, considerando a natureza não-tributária da condenação, os critérios estabelecidos pelo C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 870.947/PE, realizado em 20/09/2017, na sistemática de Repercussão Geral.
15. De acordo com a decisão do Egrégio STF, os juros moratórios serão calculados segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, nos termos do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009; e a correção monetária, segundo o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-E.
16. Confirmada a tutela anteriormente concedida, vez que presentes os seus requisitos - verossimilhança das alegações, conforme exposto nesta decisão, e o perigo da demora, o qual decorre da natureza alimentar do benefício.
17. Apelo improvido. Sentença reformada, em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao apelo e determinar, de ofício, a alteração da correção monetária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de maio de 2018.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA (Relatora):

Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou PROCEDENTE o pedido, com fundamento na incapacidade laborativa da parte autora, condenando o INSS a restabelecer o benefício de AUXÍLIO-DOENÇA, desde de 05/05/2008, e a convertê-lo, a partir desta mesma data, em APOSENTADORIA POR INVALIDEZ, respeitada a prescrição quinquenal, com a aplicação de juros de mora e correção monetária (Manual de Cálculos da Justiça Federal), e ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa, antecipando, ainda, os efeitos da tutela para imediata implantação do benefício.

Em suas razões de recurso, sustenta o INSS:

- que a sentença deveria ser submetida ao duplo grau de jurisdição;
- a necessidade de avaliação por médico especialista;
- que a parte autora retornou ao trabalho, demonstrando, assim, não estar incapacitada;
- que o termo inicial do benefício deve ser fixado à data da juntada do laudo;
- a necessidade de submissão da parte autora a avaliações periódicas;
- que o benefício não pode ser pago no período em que a parte autora trabalhou;
- que os juros de mora e correção monetária devem observar a Lei nº 11.960/2009.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a esta E. Corte Regional.

Certificado pela Subsecretaria da Sétima Turma, nos termos da Ordem de Serviço nº 13/2016, artigo 8º, que a apelação foi interposta no prazo legal.

É O RELATÓRIO.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA (Relatora):

Recebo a apelação interposta sob a égide do Código de Processo Civil/2015, e, em razão de sua regularidade formal, conforme certidão de fl. 279, possível sua apreciação, nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

A sentença recorrida foi proferida sob a égide do Novo Código de Processo Civil, que afasta a submissão da sentença proferida contra a União e suas respectivas autarquias e fundações de direito público ao reexame necessário quando a condenação imposta for inferior a

1.000 (mil) salários mínimos (art. 496, I c.c. § 3º, I, do CPC/2015).

Desta forma, a hipótese dos autos não demanda reexame necessário.

Nesse sentido, precedente desta C. 7ª Turma:

> PREVIDENCIÁRIO. REMESSA NECESSÁRIA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. VALOR DA CONDENAÇÃO INFERIOR A 1.000 SALÁRIOS MÍNIMOS. REMESSA NÃO CONHECIDA.
> 1. Exame da admissibilidade da remessa oficial prevista no artigo 496 do CPC/15.
> 2. O valor total da condenação não alcançará a importância de 1.000 (mil) salários mínimos.
> 3. Remessa necessária não conhecida.
> (REO 0020789-78.2017.4.03.9999, 7ª Turma, Relator Desembargador Federal Paulo Domingues, 28/09/2017)

Pleiteia a parte autora a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, alegando incapacidade laboral, por estar acometida por psicose não orgânica, não especificada.

Afirma que recebeu auxílio-doença até 05/05/2008, não constando, dos autos, pedido de prorrogação ou requerimento administrativo de novo benefício.

Os *benefícios por incapacidade*, previstos na Lei nº 8.213/91, destinam-se aos segurados que, após o cumprimento da carência de 12 (doze) meses (artigo 25, inciso I), sejam acometidos por incapacidade laboral: (i) incapacidade total e definitiva para qualquer atividade laborativa, no caso de *aposentadoria por invalidez* (artigo 42), ou (ii) incapacidade para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, no caso de *auxílio-doença* (artigo 59).

No tocante ao auxílio-doença, especificamente, vale destacar que se trata de um benefício provisório, que cessa com o término da incapacidade, no caso de ser temporária, ou com a reabilitação do segurado para outra atividade que lhe garanta a subsistência, se a incapacidade for definitiva para a atividade habitual, podendo, ainda, ser convertido em aposentadoria por invalidez, caso o segurado venha a ser considerado insusceptível de reabilitação.

Em relação à carência, nos termos do artigo 26, inciso II, da Lei nº 8.213/91, dela está dispensado o requerente nos casos em que a incapacidade é decorrente de acidente de qualquer natureza ou causa, de doença profissional ou do trabalho, ou ainda das doenças e afecções elencadas no artigo 151 da mesma lei.

Como se vê, para a obtenção dos benefícios por incapacidade, deve o requerente comprovar o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) qualidade de segurado, (ii) cumprimento da carência, quando for o caso, e (iii) incapacidade laboral.

No caso dos autos, o exame médico, realizado pelo perito oficial em 23/06/2015, concluiu que a parte autora, porteiro, idade atual de 59 anos, está incapacitada de forma total e permanente para o exercício da atividade laboral, como se vê do laudo juntado às fls. 146/149:

> Está incapaz totalmente e permanentemente para exercer atividade laborativa que lhe garanta o sustento, pois a esquizofrenia não é passível de cura e está sob cuidados psiquiátricos, sem, no entanto, obter melhora dos sintomas.

Assim, ainda que o magistrado não esteja adstrito às conclusões do laudo pericial, conforme dispõem o artigo 436 do CPC/1973 e o artigo 479 do CPC/2015, estas devem ser consideradas, por se tratar de prova técnica, elaborada por profissional da confiança do Juízo e equidistante das partes.

O laudo em questão foi realizado por profissional habilitado, equidistante das partes,

capacitado, especializado em perícia médica, e de confiança do r. Juízo, cuja conclusão encontra-se lançada de forma objetiva e fundamentada, não havendo que se falar em realização de nova perícia judicial.

Ademais, o INSS não impugnou a nomeação do perito judicial, no momento oportuno, ônus que lhe cabia, a teor do disposto no artigo 465, § 1º, do CPC/2015.

Outrossim, o laudo pericial atendeu às necessidades do caso concreto, possibilitando concluir que o perito realizou minucioso exame clínico, respondendo aos quesitos formulados. Além disso, levou em consideração, para formação de seu convencimento, a documentação médica colacionada aos autos.

Ressalte-se que o INSS, ao impugnar o laudo oficial, não apresentou qualquer documento técnico idôneo capaz de infirmar as suas conclusões.

Deveras, meras alegações não têm o condão de afastar as conclusões do *expert*.

Desse modo, demonstrada, através do laudo elaborado pelo perito judicial, a incapacidade total e permanente para o exercício da atividade laboral, é possível conceder a aposentadoria por invalidez, até porque preenchidos os demais requisitos legais.

Trago à colação precedentes deste E. Tribunal corroborando o entendimento aqui esposado:

> PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINARES DE SUSPENSÃO DA TUTELA E CONHECIMEMENTO DA REMESSA NECESSÁRIA REJEITADAS. AUXÍLIO DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE LABORAL PERMANENTE E MULTIPROFISSIONAL. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. MANUAL DE CÁLCULOS NA JUSTIÇA FEDERAL E LEI Nº 11.960/2009.
> 1. Valor da condenação inferior a 1.000 salários mínimos. Remessa necessária não conhecida.
> 2. Preliminar de suspensão da tutela antecipada rejeitada. A presente ação é de natureza alimentar o que por si só evidencia o risco de dano irreparável tornando viável a antecipação dos efeitos da tutela.
> 3. Trata-se de pedido de concessão de auxílio doença com conversão em aposentadoria por invalidez.
> 4. O conjunto probatório indica a existência de incapacidade laboral desde o pedido administrativo de auxílio doença, que deve ser concedido a partir da data de entrada do pedido, e convertido em aposentadoria por invalidez na data da citação, considerando o caráter permanente e total da incapacidade laboral da autora. REsp nº 1.369.165/SP).
> 5. Honorários de advogado mantidos, eis que fixados consoante o entendimento desta Turma e o disposto §§ 2º e 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil/2015. Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça.
> 6. Juros e correção monetária de acordo com os critérios do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, naquilo que não conflitar como o disposto na Lei nº 11.960/2009.
> 7. Preliminares arguidas pela autarquia rejeitadas. Apelação do INSS parcialmente providas. (AC nº 0017498-70.2017.4.03.9999/SP, 7ª Turma, Relator Desembargador Federal Paulo Domingues, DE 20/10/2017)

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS PREENCHIDOS. BENEFICIO CONCEDIDO.
> 1. A concessão de aposentadoria por invalidez reclama que o requerente seja segurado da Previdência Social, tenha cumprido o período de carência de 12 (doze) contribuições, e esteja incapacitado, total e definitivamente, ao trabalho (art. 201, I, da CR/88 e arts. 18, I, "a"; 25, I e 42 da Lei nº 8.213/91). Idênticos requisitos são exigidos à outorga de auxílio-doença, cuja diferença centra-se na duração da incapacidade (arts. 25, I, e 59 da Lei nº 8.213/91).

2. No que concerne às duas primeiras condicionantes, vale recordar premissas estabelecidas pela lei de regência, cuja higidez já restou encampada na moderna jurisprudência: o beneficiário de auxílio-doença mantém a condição de segurado, nos moldes estampados no art. 15 da Lei nº 8.213/91; o desaparecimento da condição de segurado sucede, apenas, no dia 16 do segundo mês seguinte ao término dos prazos fixados no art. 15 da Lei nº 8.213/91 (os chamados períodos de graça); eventual afastamento do labor, em decorrência de enfermidade, não prejudica a outorga da benesse, quando preenchidos os requisitos, à época, exigidos; durante o período de graça, a filiação e consequentes direitos, perante a Previdência Social, ficam mantidos.
3. Remessa oficial não conhecida e apelação improvida.
(ApelReex nº 0000050-84.2017.4.03.9999/SP, 7ª Turma, Relator Desembargador Federal Toru Yamamoto, DE 07/08/2017)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ART. 42, *CAPUT* E § 2º DA LEI 8.213/91. ATIVIDADE URBANA. QUALIDADE DE SEGURADO. CARÊNCIA. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE REVELADA PELO CONJUNTO PROBATÓRIO E CONDIÇÕES PESSOAIS DA PARTE AUTORA. REQUISITOS PRESENTES. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ DEVIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. CUSTAS PROCESSUAIS.
1. Comprovada a incapacidade total e permanente para o trabalho, diante do conjunto probatório e das condições pessoais da parte autora, bem como presentes os demais requisitos previstos nos artigos 42, *caput* e §2º da Lei nº 8.213/91, é devida a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez.
2. O termo inicial do benefício é a data do requerimento administrativo, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Neste sentido: REsp nº 200100218237, Relator Ministro Felix Fischer. DJ 28/05/2001, p. 208.
3. Os juros de mora e a correção monetária deverão observar o decidido pelo Plenário do C. STF, no julgamento do RE 870.947/SE, em Repercussão Geral, em 20/09/2017, Rel. Min. Luiz Fux, adotando-se no tocante à fixação dos juros moratórios o índice de remuneração da caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, e quanto à atualização monetária, o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).
4. No tocante aos juros de mora, falta interesse recursal à autarquia previdenciária, uma vez que a condenação se deu nos termos do seu inconformismo.
5. Por fim, no tocante às custas processuais, falta interesse recursal à autarquia previdenciária, haja vista que não houve condenação neste sentido.
6. Apelação do INSS em parte não conhecida e, na parte conhecida, não provida. Apelação da parte autora provida.
(AC nº 0017543-74.2017.4.03.9999/SP, 10ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Lúcia Ursaia, DE 23/10/2017)

O retorno da parte autora ao trabalho após a cessação do auxílio-doença, ao contrário do alegado pelo INSS, não é prova de que ela estava apta para o trabalho, pois a sua incapacidade laboral restou comprovada através de prova técnica.

Cessado o benefício na esfera administrativa, e não concedida a antecipação dos efeitos da tutela, requerida nestes autos, é de se presumir que o retorno ao trabalho se deu por questões de sobrevivência, em que pesem as suas condições de saúde.

Neste sentido, já decidiu esta Colenda 7ª Turma:

Não merece prosperar o argumento da Autarquia Previdenciária de que o fato de o autor continuar trabalhando permitiria a desconsideração da conclusão do perito judicial, no sentido de que ela estaria incapacitada para o trabalho. Não há dúvida que os benefícios por incapacidade

> servem justamente para suprir a ausência da remuneração do segurado que tem sua força de trabalho comprometida e não consegue exercer suas ocupações profissionais habituais, em razão de incapacidade temporária ou definitiva. Assim como não se questiona o fato de que o exercício de atividade remunerada, após a implantação de tais benefícios, implica na sua imediata cessação e na necessidade de devolução das parcelas recebidas durante o período que o segurado auferiu renda. E os princípios que dão sustentação ao raciocínio são justamente os da vedação ao enriquecimento ilícito e da coibição de má-fé do segurado. É, inclusive, o que deixou expresso o legislador no art. 46 da Lei nº 8.213/91, em relação à aposentadoria por invalidez. Completamente diferente, entretanto, é a situação do segurado que se vê compelido a ter de ingressar em juízo, diante da negativa da autarquia previdenciária de lhe conceder o benefício vindicado, por considerar ausente algum dos requisitos necessários. Ora, havendo pretensão resistida e enquanto não acolhido o pleito do jurisdicionado, é óbvio que outra alternativa não lhe resta, senão a de se sacrificar, inclusive com possibilidade de agravamento da situação incapacitante, como única maneira de prover o próprio sustento. Isto não configura má-fé e, muito menos, enriquecimento ilícito. A ocorrência denomina-se estado de necessidade e nada mais é do que desdobramento dos direitos constitucionais à vida e dignidade do ser humano. Realmente é intrigante a postura do INSS porque, ao que tudo indica, pretende que o sustento do segurado fosse provido de forma divina, transferindo responsabilidade sua para o incapacitado ou, então, para alguma entidade que deve reputar sacra. Pugna pela responsabilização patrimonial daquele que teve seu direito violado, necessitou de tutela jurisdicional para tê-lo reparado, viu sua legítima pretensão ser resistida até o fim e teve de suportar o calvário processual.
> (AC Nº 0031573-95.2009.4.03.9999/SP, Relator Desembargador Federal Carlos Delgado, DE 31/08/2017)

Restou incontroverso, nos autos, que a parte autora é segurada da Previdência Social e cumpriu a carência de 12 (doze) contribuições, exigida pelo artigo 25, inciso I, da Lei nº 8.213/91, como se vê do extrato CNIS em anexo, que ora determino a juntada, como parte integrante desta decisão.

Tanto é assim que o próprio INSS, como se depreende desse documento, já lhe havia concedido o auxílio-doença no período de 10/06/2004 a 10/04/2006, 14/12/2006 a 11/07/2007 e 28/01/2008 a 05/05/2008.

Constam, desse documento, ainda, recolhimentos efetuados como facultativo/contribuinte individual nas competências de 01/2010 a 10/2010 e 02/2013 a 07/2013.

A presente ação foi ajuizada em 10/10/2013.

O termo inicial da aposentadoria por invalidez fica mantido em 06/05/2008, dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença.

Tal entendimento, pacificado no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, está embasado no fato de que "o laudo pericial norteia somente o livre convencimento do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes, mas não serve como parâmetro para fixar termo inicial de aquisição de direitos" (AgRg no AREsp 95.471/MG, 5ª Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe 09/05/2012), sendo descabida, portanto, a fixação do termo inicial do benefício à data da juntada do laudo.

Implantado o benefício, por estar o segurado incapacitado de forma total e permanente para o exercício da atividade laboral, como no caso, cumpre ao INSS, *independentemente de determinação judicial*, convocá-lo, nos termos da lei, para se submeter à perícia administrativa, só podendo cessar a aposentadoria por invalidez, se constatada a recuperação de sua capacidade laboral ou no caso de ausência injustificada à perícia.

Não é o caso de se excluir, do montante devido, os períodos em que a parte autora, não obstante estivesse incapacitada, mas por necessidade, retornou ao trabalho, em conformidade com o entendimento consolidado nesta Colenda Turma, segundo o qual, "premido a laborar, diante do direito vilipendiado e da necessidade de sobrevivência, com recolhimentos ao RGPS, não se pode admitir a penalização do segurado com o desconto dos valores do benefício devido no período em que perdurou o contrato de trabalho. Até porque, nessas circunstâncias, tal raciocínio serviria de estímulo ao mercado informal de trabalho, absolutamente censurável e ofensivo à dignidade do trabalhador, eis que completamente à margem da fiscalização estatal, o que implicaria, inclusive, em prejuízo ao erário e ao custeio do regime" (AC Nº 0031573-95.2009.4.03.9999/SP, Relator Desembargador Federal Carlos Delgado, DE 31/08/2017).

Vale destacar que a inconstitucionalidade do critério de correção monetária introduzido pela Lei nº 11.960/2009 foi declarada pelo Egrégio STF (RE nº 870.947/PE, repercussão geral) e, por isso, não pode ser acolhido o apelo do INSS.

Apesar da recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp repetitivo nº 1.495.146/MG), que estabelece o INPC/IBGE como critério de correção monetária, não pode subsistir a sentença na parte em que determinou sua aplicação, porque em confronto com o índice declarado aplicável no julgado acima mencionado (IPCA-e), impondo-se a modificação da sentença, inclusive, de ofício.

Para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, aplicam-se, até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009, os índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal; e, após, considerando a natureza não-tributária da condenação, os critérios estabelecidos pelo C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 870.947/PE, realizado em 20/09/2017, na sistemática de Repercussão Geral.

De acordo com a decisão do Egrégio STF, os juros moratórios serão calculados segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, nos termos do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009; e a correção monetária, segundo o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-E.

Presentes os requisitos - verossimilhança das alegações, conforme exposto nesta decisão, e o perigo da demora, o qual decorre da natureza alimentar do benefício -, confirmo a tutela anteriormente concedida.

Junte-se, aos autos, extrato CNIS em anexo, como parte integrante desta decisão.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao apelo e DETERMINO, DE OFÍCIO, a alteração da correção monetária, nos termos expendidos no voto. Mantenho, quanto ao mais, a sentença de 1º grau.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL
0048042-19.2013.4.03.6301
(2013.63.01.048042-0)

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 224/226
Interessados: NATÁLIA BRITO COUTINHO E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO OTÁVIO PORT
Classe do Processo: Ap 2179429
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/04/2015

EMENTA

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. ART. 1.021 DO CPC/2015. AUXÍLIO RECLUSÃO. LIMITE ESTABELECIDO PARA A CONCESSÃO. ÚLTIMA CONTRIBUIÇÃO INTEGRAL QUE ULTRAPASSA O VALOR ESTABELECIDO EM PORTARIA. VALOR ÍNFIMO. IMPOSSIBILIDADE DE ELASTICIZAÇÃO DE CRITÉRIO LEGALMENTE IMPOSTO. AGRAVO IMPROVIDO.
- A controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte, vícios inexistentes na decisão agravada.
- Extrapolado o limite para o recebimento do benefício fixado em lei, não cabe flexibilização do critério. Não extrapolada a competência e o âmbito de atuação do poder regulamentar.
- Razões recursais que não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto da decisão, limitando-se a reproduzir argumento visando rediscutir a matéria nele decidida.
- Agravo improvido.

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, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de abril de 2018.

Juiz Federal Convocado OTÁVIO PORT - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado OTÁVIO PORT (Relator):

O Ministério Público Federal interpõe agravo legal com fundamento no art. 1.021 do CPC/2015, contra decisão que negou provimento à apelação da autora, mantendo a improcedência do pedido, em ação objetivando a concessão de auxílio-reclusão.

Como o valor do último salário de contribuição integral ultrapassa em valor irrisório a quantia estabelecida como limite para concessão do benefício pleiteado, nos termos da legislação vigente à época de seu recebimento, a decisão deve ser reformada.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado OTÁVIO PORT - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado OTÁVIO PORT (Relator):

Não tem razão o agravante.

A decisão agravada analisou a questão objeto da insurgência nos seguintes termos:

> ...
> Nos termos da Instrução Normativa do INSS 20/2007, alterada pela 45/2010, vigente à época da reclusão (art. 334), para ter direito ao benefício, a renda mensal do(a) detento(a) deveria ser inferior a R$ 810,18, à época da prisão (art. 13 da EC 20/98).
> O sistema CNIS/Dataprev indica que o recluso trabalhava na empresa HMF Importação, Exportação e Distribuição de Vidros Ltda, desde 27/09/2010. Sua última remuneração integral, relativa a dezembro/2010, foi de R$ 911,07.
> Mantida, portanto, a improcedência do pedido.
> E nem se diga que, quando o valor limite vigente para a concessão do benefício é superado em valor ínfimo, o critério fixado deve ser flexibilizado.
> O parâmetro estabelecido deve ser seguido, não comportando elasticidade em sua aplicação, mesmo se ultrapassado o máximo legal em quantia ínfima.
> A definição do que seria valor irrisório para tal fim, se aceita a hipótese, configuraria encargo de cada julgador. Tal liberalidade acarretaria, a meu ver, insegurança jurídica, uma vez que a ausência de critérios estabelecidos de modo uniforme levaria à adoção de diversas interpretações quanto ao que seria valor irrisório.
> Embora tenha conhecimento de que o STJ, em recentes julgados, tenha interpretado pela analogia de tal liberalidade com a flexibilização do critério de renda mensal em benefício assistencial, matéria até hoje discutida nos Tribunais Superiores, não me parece que, em se tratando de beneficio previdenciário, a solução deva ser a mesma. Especialmente porque o valor do benefício será fixado com base nas contribuições vertidas ao sistema.
> Se levarmos tal interpretação à risca, todos os casos em que se estabelecem limites, nos termos da legislação infraconstitucional, poderiam ser alterados, com base no mesmo raciocínio - é o que poderia ser alegado, por exemplo, nos casos dos limites impostos ao salário de contribuição e ao salário de benefício.
> A definição do parâmetro foi estabelecida nos termos da lei e, portanto, deve ser cumprida nos limites em que estipulada.
> NEGO PROVIMENTO à apelação.
> Int.

A tese de modificação do valor estipulado como limite não se sustenta. A norma regulamentadora não prevê a hipótese. Não há previsão legal para se modificar critério imposto legalmente.

A CF/88 outorgou competência ao Poder Executivo para, dentro de suas funções, es-

tabelecer valor mínimo para a concessão do benefício. A exemplo, podemos citar o caso do benefício assistencial.

Assim, não extrapolada a competência e o âmbito de atuação do poder regulamentar de referido Poder, não há como se adentrar na análise da questão, segundo defende o autor. Se tal procedimento fosse possível, até mesmo os índices de reajustes dos benefícios previdenciários poderiam ser alterados, apenas porque um índice de recomposição de renda é mais favorável do que aquele adotado pelo legislador, dentro de sua competência legal.

Os princípios constitucionais citados foram preservados, dentro das atribuições e dos critérios de fixação de parâmetros estipulados em portaria ministerial.

Como a decisão se pronunciou sobre todas as questões suscitadas, não há que se falar em sua alteração.

Nesse sentido, o julgamento do AgRg. em MS 2000.03.00.000520-2, relatora a Des. Fed. Ramza Tartuce, *in* RTRF 49/112:

> Esta Corte Regional já firmou entendimento no sentido de não alterar decisão do Relator, quando solidamente fundamentada (...) e quando nela não se vislumbrar ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte.

A decisão agravada está de acordo com o disposto no § 1º - A do artigo 557 do CPC/1973 (art. 1.021 do CPC/2015), seguindo jurisprudência dominante e recurso representativo de controvérsia. Inexiste qualquer vício a justificar a sua reforma.

NEGO PROVIMENTO ao agravo.

É o voto.

Juiz Federal Convocado OTÁVIO PORT - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0002417-28.2015.4.03.6127
(2015.61.27.002417-0)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: CARLOS SEBASTIÃO DUTRA DA COSTA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Classe do Processo: Ap 2253002
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/04/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ART. 5º, *CAPUT*, DA CF. ART. 45, DA LEI nº 8.213/91. ACRÉSCIMO DE 25%. NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA PERMANENTE DE OUTRA PESSOA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.
1. Da interpretação conjunta do Art. 5º, *caput*, da CF e do Art. 45, *caput*, da Lei nº 8.213/91, infere-se que o percentual de 25% é um adicional dirigido para assistir aqueles que necessitam de assistência permanente de terceira pessoa para a prática dos atos da vida diária. Esse é o espírito de ambas as Leis.
2. Dar à norma infraconstitucional uma interpretação restritiva, significa contemplar somente a aquele que adquiriu a invalidez antes de adquirido o direito à aposentadoria por idade ou tempo de contribuição, o que acarreta a vulneração ao direito de proteção da dignidade da pessoa humana e das pessoas portadoras de deficiência. Privá-lo desse adicional não se afigura justo nem razoável com aqueles que mais contribuíram para o sistema previdenciário.
3. O Estado brasileiro é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com deficiência, promulgado pelo Decreto Presidencial nº 6.949/09, após aprovação pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 186/08, equivalente à emenda constitucional. Tal convenção reconhece a "necessidade de promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem maior apoio", com o escopo de minorar as diferenças e impedir que sobrevenha lei brasileira que estabeleça discriminação entre os próprios portadores de deficiência, mormente no campo da Previdência Social.
4. O Art. 28.2 da referida Convenção dispõe que os "Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como: Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria".
5. O segurado aposentado por idade ou por tempo de contribuição que se encontra em idêntica condição de deficiência daqueles aposentados por invalidez, e que necessite de assistência permanente de terceiro tem direito ao acréscimo de 25%.
6. É vedado criar tratamentos diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas, e, por isso torna-se inaceitável a utilização do *discrímen* "aposentadoria por invalidez".

7. Laudo pericial conclusivo pela necessidade de ajuda de terceiros para os atos da vida diária.
8. Faz jus ao acréscimo de 25% o beneficiário de aposentadoria por idade ou por tempo de contribuição, quando comprovada a incapacidade total e permanente que gere a necessidade de contar com a assistência permanente de outra pessoa.
9. A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observando-se a aplicação do IPCA-E conforme decisão do e. STF, em regime de julgamento de recursos repetitivos no RE 870947, e o decidido também por aquela Corte quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.
10. Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme decidido em 19.04.2017 pelo Pleno do e. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 579431, com repercussão geral reconhecida. A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.
11. Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC, e a Súmula 111, do e. STJ.
12. A autarquia previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do Art. 24-A da Lei 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/93.
13. Remessa oficial, havida como submetida, e apelação providas em parte.

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 parcial 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, 17 de abril de 2018.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Trata-se de remessa oficial, havida como submetida, e apelação interposta em face da sentença proferida em ação de conhecimento em que se busca o acréscimo de 25% no benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, sob a alegação de necessidade de assistência permanente de outra pessoa, por se encontrar incapacitado.

O MM. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, condenando o réu ao pagamento do acréscimo de 25% sobre a aposentadoria a partir do requerimento administrativo em 26.06.2015, e pagar as prestações em atraso, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora, e honorários advocatícios em 10% do valor da condenação.

Apela o réu, pleiteando a reforma da r. sentença. Caso assim não se entenda, requer a modificação da correção monetária e dos honorários advocatícios.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

O Ministério Público Federal ofertou o parecer.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

O Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal prevê o princípio da isonomia.

Por sua vez, dispõe o Art. 45, da Lei nº 8.213/91:

> Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento).

Da interpretação conjunta das normas supramencionadas, infere-se que o percentual de 25% é um adicional dirigido para assistir aqueles que necessitam de assistência permanente de terceira pessoa para a prática dos atos da vida diária. Esse é o espírito de ambas as Leis.

Dar à norma infraconstitucional (Art. 45, da Lei 8.213/91) uma interpretação restritiva, significa contemplar somente a aquele que adquiriu a invalidez antes de adquirido o direito à aposentadoria por idade ou tempo de contribuição, o que acarreta a vulneração ao direito de proteção da dignidade da pessoa humana e das pessoas portadoras de deficiência. Privá-lo desse adicional não se afigura justo nem razoável com aqueles que mais contribuíram para o sistema previdenciário.

O Estado brasileiro é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com deficiência, promulgado pelo Decreto Presidencial n. 6.949, de 28.08.2009, após aprovação pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo 186, de 9.7.2008, equivalente à emenda constitucional (Art. 5, § 3º, da CF). Tal convenção reconhece a "necessidade de promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem maior apoio", com o escopo de minorar as diferenças e impedir que sobrevenha Lei brasileira que estabeleça discriminação entre os próprios portadores de deficiência, mormente no campo da Previdência Social.

O Art. 28.2, da referida Convenção, dispõe ainda que os "Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como: Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria".

Assim, existe a Convenção que se equivale à emenda constitucional e o Art. 5º, *caput*, da CF, que impõem ao Art. 45, da Lei 8.213/91 uma interpretação à luz dos seus princípios, o que significa dizer, que o segurado aposentado por idade ou por tempo de contribuição que se encontra em idêntica condição de deficiência daqueles aposentados por invalidez, e que necessite de assistência permanente de terceiro tem direito ao acréscimo de 25%.

É vedado criar tratamentos diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas, e, por isso torna-se inaceitável a utilização do *discrímen* "aposentadoria por invalidez".

Ensina Alexandre de Moraes, ao discorrer sobre o princípio da igualdade:

> Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, à medida em que se 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 S.A., 1999, 6ª edição, p. 61).

Faz jus, portanto, ao acréscimo de 25% o beneficiário de aposentadoria por idade ou por tempo de contribuição, quando comprovada a incapacidade total e permanente e que necessite contar com a assistência permanente de outra pessoa.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes precedentes:

> PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL INTERPOSTO PELA PARTE AUTORA. PREVIDENCIÁRIO. ADICIONAL DE 25% PREVISTO NO ART. 45 DA LEI 8.213/91. POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO À APOSENTADORIA POR IDADE. CABIMENTO. QUESTÃO DE ORDEM 20. PROVIMENTO DO INCIDENTE. RETORNO À TR DE ORIGEM. EXAME DAS PROVAS.
> 1. (...).
> 11. Assim, presente a divergência de interpretação, passo ao exame do mérito do pedido de uniformização de interpretação.
> 12. A controvérsia centra-se no cabimento da extensão do adicional previsto no art. 45 da Lei nº 8.213/91 para a aposentadoria por idade, no caso de o segurado aposentado "necessitar da assistência permanente de outra pessoa".
> 13. Dispõe a Lei nº 8.213/91: "Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento). Parágrafo único. O acréscimo de que trata este artigo: a) será devido ainda que o valor da aposentadoria atinja o limite máximo legal; b) será recalculado quando o benefício que lhe deu origem for reajustado; c) cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporável ao valor da pensão.".
> 14. Portanto, de acordo com a Lei 8.213/1991, o valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25%. A legislação prevê textualmente sua concessão apenas para os beneficiários da aposentadoria por invalidez.
> 15. Entretanto, aplicando-se o princípio da isonomia e se utilizando de uma análise sistêmica da norma, conclui-se que referido percentual, na verdade, é um adicional previsto para assistir aqueles que necessitam de auxílio de terceira pessoa para a prática dos atos da vida diária. O seu objetivo é dar cobertura econômica ao auxílio de um terceiro contratado ou familiar para apoiar o segurado nos atos diários que necessitem de guarida, quando sua condição de saúde não suportar a realização de forma autônoma.
> 16. O que se pretende com esse adicional é prestar auxílio a quem necessita de ajuda de terceiros, não importando se a invalidez é decorrente de fato anterior ou posterior à aposentadoria. A aplicação da interpretação restritiva do dispositivo legal, dela extraindo comando normativo que contemple apenas aqueles que adquiriram a invalidez antes de adquirido o direito à aposentadoria por idade ou tempo de contribuição, por exemplo, importaria em inegável afronta ao direito de proteção da dignidade da pessoa humana e das pessoas portadoras de deficiência.
> 17. Sobre este ponto, importante registrar que o Estado brasileiro é signatário e um dos principais artífices da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgado pelo Decreto Presidencial n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, após aprovação pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n.186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição, detendo, portanto, força de emenda constitucional.
> 18. A referida Convenção, que tem por propósito "promover, proteger e assegurar o exercício

pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente", reconhece expressamente a "necessidade de promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem maior apoio", em flagrante busca de minorar as diferenças existentes nos mais diversos ramos da atuação humana em detrimento dos portadores de deficiência, revelando-se inadmissível, portanto, que a lei brasileira estabeleça situação de discriminação entre os próprios portadores de deficiência, ainda mais num campo de extremada sensibilidade social quanto o é o da previdência social.

19. Em seu artigo 5.1, o Diploma Internacional estabelece que "Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei". Por sua vez, o art. 28.2.e, estabelece que os "Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como: Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria".

20. Temos, portanto, comandos normativos, internalizados com força de norma constitucional, que impõem ao art. 45 da Lei n. 8213/91 uma interpretação à luz de seus princípios, da qual penso ser consectário lógico encampar sob o mesmo amparo previdenciário o segurado aposentado por idade que se encontra em idêntica condição de deficiência.

21. Assim, o elemento norteador para a concessão do adicional deve ser o evento "invalidez" associado à "necessidade do auxílio permanente de outra pessoa", independentemente de tais fatos, incertos e imprevisíveis, terem se dado quando o segurado já se encontrava em gozo de aposentadoria por idade. Ora, o detentor de aposentadoria não deixa de permanecer ao amparo da norma previdenciária. Logo, não se afigura justo nem razoável restringir a concessão do adicional apenas ao segurado que restou acometido de invalidez antes de ter completado o tempo para aposentadoria por idade ou contribuição e negá-lo justamente a quem, em regra, mais contribuiu para o sistema previdenciário.

22. Seria de uma desigualdade sem justo discrímen negar o adicional ao segurado inválido, que comprovadamente carece do auxílio de terceiro, apenas pelo fato de ele já se encontrar aposentado ao tempo da instalação da invalidez.

23. Por fim, é de se registrar que, como não há, na legislação de regência, fonte de custeio específico para o adicional de 25% para os próprios casos de aposentadoria por invalidez, possível concluir que o mesmo se reveste de natureza assistencial. Assim, a sua concessão não gera ofensa ao art. 195, § 5º da CF, ainda mais quando se considera que aos aposentados por invalidez é devido o adicional mesmo sem prévio custeamento do acréscimo, de modo que a questão do prévio custeio, não causando óbice aos aposentados por invalidez, também não deve causar aos demais aposentados, posto que, no caso, se trata de equiparação, por critério de isonomia, entre os benefícios de aposentadoria.

24. Aponte-se, ainda, que aqui não se está extrapolando os limites da competência e atribuição do Poder Judiciário, mas apenas interpretando sistematicamente a legislação, bem como à luz dos comandos normativos de proteção à pessoa portadora de deficiência, inclusive nas suas lacunas e imprecisões, condições a que está sujeita toda e qualquer atividade humana.

25. Neste sentido, entendo que a indicação pelo art. 45 da Lei n º 8.213/91 do cabimento do adicional ao aposentado por invalidez, antes de ser interpretada como vedação à extensão do acréscimo aos demais tipos de aposentadoria, pela ausência de menção aos demais benefícios, deve ser entendida como decorrente do fato de ser o adicional devido em condições de incapacidade, usualmente associada à aposentadoria por invalidez, porém, não exclusivamente, tal como na hipótese em que a invalidez se instale após a concessão do benefício por idade ou por tempo de contribuição.

26. Em conclusão, uma vez comprovada a incapacidade total e definitiva do recorrente para o trabalho ou para atividade que lhe garanta a subsistência e a necessidade de contar com a

assistência permanente de outra pessoa, faz jus ao adicional previsto no art. 45 da Lei 8.213/91.
27. Porém, tal questão fática (incapacidade e necessidade de assistência de terceiros) não foi enfrentada pelos julgados recorrido, de modo que, implicando o provimento do presente incidente, quanto à matéria de direito, na necessidade de reexame da matéria de fato, devem os autos retonarem à TR de origem para reapreciação das provas (conforme a Questão de Ordem nº 20/TNU).
28. Incidente conhecido e provido, em parte, para firmar a tese de que é extensível à aposentadoria por idade, concedida sob o regime geral da Previdência Social, o adicional previsto no art. 45 da Lei 8.213/91 para a aposentadoria por invalidez, uma vez comprovados os requisitos ali previstos.
(TNU, Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 05010669320144058502, Juiz Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, DOU 20/03/2015 p. 106/170);

PREVIDENCIÁRIO. ART. 45 DA LEI DE BENEFÍCIOS. ACRÉSCIMO DE 25% INDEPENDENTEMENTE DA ESPÉCIE DE APOSENTADORIA. NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA PERMANENTE DE OUTRA PESSOA. NATUREZA ASSISTENCIAL DO ADICIONAL. CARÁTER PROTETIVO DA NORMA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DESCOMPASSO DA LEI COM A REALIDADE SOCIAL.
1. A possibilidade de acréscimo de 25% ao valor percebido pelo segurado, em caso de este necessitar de assistência permanente de outra pessoa, é prevista regularmente para beneficiários da aposentadoria por invalidez, podendo ser estendida aos demais casos de aposentadoria em face do princípio da isonomia.
2. A doença, quando exige apoio permanente de cuidador ao aposentado, merece igual tratamento da lei a fim de conferir o mínimo de dignidade humana e sobrevivência, segundo preceitua o art. 201, inciso I, da Constituição Federal.
3. A aplicação restrita do art. 45 da Lei nº 8.213/1991 acarreta violação ao princípio da isonomia e, por conseguinte, à dignidade da pessoa humana, por tratar iguais de maneira desigual, de modo a não garantir a determinados cidadãos as mesmas condições de prover suas necessidades básicas, em especial quando relacionadas à sobrevivência pelo auxílio de terceiros diante da situação de incapacidade física ou mental.
4. O fim jurídico-político do preceito protetivo da norma, por versar de direito social (previdenciário), deve contemplar a analogia teleológica para indicar sua finalidade objetiva e conferir a interpretação mais favorável à pessoa humana. A proteção final é a vida do idoso, independentemente da espécie de aposentadoria.
5. O acréscimo previsto na Lei de Benefícios possui natureza assistencial em razão da ausência de previsão específica de fonte de custeio e na medida em que a Previdência deve cobrir todos os eventos da doença.
6. O descompasso da lei com o contexto social exige especial apreciação do julgador como forma de aproximá-la da realidade e conferir efetividade aos direitos fundamentais. A jurisprudência funciona como antecipação à evolução legislativa.
7. A aplicação dos preceitos da Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência assegura acesso à plena saúde e assistência social, em nome da proteção à integridade física e mental da pessoa deficiente, em igualdade de condições com os demais e sem sofrer qualquer discriminação.
(TRF4, AC 00173735120124049999, Relator Desembargador Federal Rogerio Favreto, 5ª Turma, D.E. 13/09/2013)

Como se constata pela leitura do Art. 45, da Lei nº 8.213/91, o pagamento do adicional se faz desde que o segurado necessite de assistência permanente de outra pessoa, sendo certo que as situações que autorizam o pagamento do adicional contidas no Anexo I do Decreto nº 3.048/99, não revelam hipóteses de completa dependência, mas de séria dificuldade para o

desenvolvimento das atividades cotidianas.

Por sua vez, o Decreto 3.048/99 expõe em seu Anexo I as hipóteses que permitem o deferimento do acréscimo pretendido, consoante a transcrição que segue:

1 - Cegueira total.
2 - Perda de nove dedos das mãos ou superior a esta.
3 - Paralisia dos dois membros superiores ou inferiores.
4 - Perda dos membros inferiores, acima dos pés, quando a prótese for impossível.
5 - Perda de uma das mãos e de dois pés, ainda que a prótese seja possível.
6 - Perda de um membro superior e outro inferior, quando a prótese for impossível.
7 - Alteração das faculdades mentais com grave perturbação da vida orgânica e social.
8 - Doença que exija permanência contínua no leito.
9 - Incapacidade permanente para as atividades da vida diária.

O autor é beneficiário de aposentadoria por tempo de contribuição (fl. 13).

O laudo, referente ao exame realizado em 01.12.2015 (fls. 44/47), atesta que o autor, com 85 anos de idade, apresenta "... Demência na Doença de Alzheimer F00 da CID 10. Quadro de rápida instalação com déficits proeminentes. Apresenta necessidade da ajuda de terceiros para os atos de vida diária.".

Ademais, consta dos autos que o autor está sob processo de interdição, na qual o Ministério Público Estadual manifestou-se por sua interdição (fls. 22/24) em razão dos males que o acometem.

Assim, o autor, beneficiário da aposentadoria por tempo de contribuição, faz jus ao acréscimo de 25% desde o requerimento administrativo apresentado em 26.06.2015 (fls. 15).

Destarte, é de se manter a r. sentença quanto à matéria de fundo, devendo o réu conceder ao autor o adicional de 25% a partir de 26.06.2015, e pagar as prestações vencidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora.

A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observando-se a aplicação do IPCA-E conforme decisão do e. STF, em regime de julgamento de recursos repetitivos no RE 870947, e o decidido também por aquela Corte quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.

Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme decidido em 19.04.2017 pelo Pleno do e. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 579431, com repercussão geral reconhecida. A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.

Convém alertar que das prestações vencidas devem ser descontadas aquelas pagas administrativamente ou por força de liminar, e insuscetíveis de cumulação com o benefício concedido, na forma do Art. 124, da Lei nº 8.213/91.

Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC.

A autarquia previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do Art. 24-A da Lei 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/93.

Ante o exposto, dou parcial provimento à remessa oficial, havida como submetida, e à apelação para adequar os consectários legais e os honorários advocatícios.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0008975-40.2015.4.03.9999
(2015.03.99.008975-8)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: LAZARA RITA ZIBORDI ATAIDE
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE MOGI GUAÇU - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS
Classe do Processo: ApReeNec 2048054
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/04/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. REMESSA NECESSÁRIA. *TEMPUS REGIT ACTUM*. FILHA INVÁLIDA. INVALIDEZ ANTERIOR AO ÓBITO DA SEGURADA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DESCARACTARIZADA. APELAÇÃO PROVIDA.
- Considerando que a r. sentença foi publicada na vigência do CPC/1973, não se aplicam as novas regras previstas no artigo 496 e §§ do Novo CPC. Assim, não obstante ter sido proferida a sentença após a vigência da alteração do artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil pela Lei n. 10.352/2001, que afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação for inferior a 60 (sessenta) salários-mínimos, conheço da remessa oficial, por não haver valor certo a ser considerado, na forma da súmula nº 490 do STJ.
- No tocante à concessão de benefícios previdenciários, observa-se a lei vigente à época do fato que o originou. Aplicação do princípio *tempus regit actum*.
- A dependência econômica da filha inválida, consoante o art. 16, § 4º, da Lei n. 8.213/91, é presumida, mas pode ser descaraterizada.
- Incapacidade hábil a ensejar a pensão por morte, pois contemporânea ao óbito do segurada, como revela o conjunto probatório.
- Autora percebeu aposentadoria por invalidez, desde 1990. Se recebe renda própria, não há que se falar em presunção absoluta de dependência econômica.
- Não patenteada a dependência econômica, é indevido o benefício.
- Invertida a sucumbência, condeno a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, na forma do artigo 85, § 4º, III, do Novo CPC. Ademais, considerando que a sentença foi publicada na vigência do CPC/1973, não incide ao presente caso a regra de seu artigo 85, §§ 1º e 11, do NCPC, que determina a majoração dos honorários de advogado em instância recursal.
- Em relação à parte autora, fica suspensa a exigibilidade, segundo a regra do artigo 98, § 3º, do mesmo código, por ser beneficiária da justiça gratuita.
- Apelação e remessa oficial providas. Sentença reformada.

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 e

à remessa oficial, nos termos do voto do relator, que foi acompanhado pelo Desembargador Federal Gilberto Jordan e, com ressalva de entendimento pessoal, pela Desembargadora Federal Lucia Ursaia. Vencida a Desembargadora Federal Marisa Santos que negava provimento à apelação e dava parcial provimento à remessa oficial, a qual foi acompanhada pela Desembargadora Federal Ana Pezarini.

São Paulo, 04 de abril de 2018.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Trata-se de apelação interposta em face da r. sentença proferida em ação previdenciária que julgou procedente o pedido de concessão do benefício de pensão por morte à parte autora, discriminados os consectários, antecipados os efeitos da tutela. Decisão submetida ao reexame necessário.

Requer o INSS a reforma do julgado quanto ao mérito, sob o argumento da ausência de condição de dependente.

As contrarrazões foram apresentadas.

Os autos subiram a esta Corte.

Em virtude do óbito da parte autora, veio aos autos o pedido de habilitação de herdeiros, o qual, depois de manifestação do Instituto Previdenciário, foi deferido pela decisão de f. 214.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Conheço do apelo, em razão da satisfação de seus requisitos.

Considerando que a r. sentença foi publicada na vigência do CPC/1973, não se aplicam as novas regras previstas no artigo 496 e §§ do Novo CPC.

Deste modo, apesar de ter sido proferida a sentença após a vigência da alteração do artigo 475, § 2º, do CPC/1973 pela Lei n. 10.352/2001, que afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação for inferior a 60 (sessenta) salários-mínimos, conheço da remessa oficial, por não haver valor certo a ser considerado, na forma da súmula nº 490 do STJ.

Discute-se nos autos o direito da parte autora à pensão por morte.

Fundado no artigo 201, inciso V, da Constituição Federal, o artigo 74, da Lei 8.213/91, prevê que a pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não.

Entre os dependentes do segurado encontram-se o(a) companheiro(a) (art. 16, I, da citada lei) e os filhos. A dependência econômica é presumida, na forma do artigo 16, § 4º, da Lei 8213/91.

Cuida-se, portanto, de benefício que depende da concorrência de dois requisitos básicos: a qualidade de segurado do falecido e a de dependente dos autores.

A carência é inexigível, a teor do artigo 26, I, da já mencionada Lei nº 8.213/91.

O segurado é a pessoa física que exerce atividade vinculada ao Regime Geral de Previdência Social ou recolhe contribuições. É o contribuinte da relação jurídica tributária de custeio.

Ou seja, os dependentes só poderão usufruir do benefício de pensão por morte se o titular/falecido era, à data do óbito, segurado da Previdência Social.

A exigência de vinculação, no presente caso, é regra de proteção do sistema, que é contributivo, consoante a regra expressa do artigo 201, *caput*, da CF/88.

Passo à análise do presente caso.

Não há controvérsia a respeito da *qualidade de segurado* de *Rosinha Bassani Zibordi*, mãe da autora, falecida em 19/07/2009 (certidão de óbito à f. 28).

Em relação à *condição de dependente* do segurado, fixa o art. 16 da Lei n. 8.213/91, em sua redação vigente à época do falecimento (g. n.):

> Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:
> I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o *filho* não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos *ou inválido*;
> (...)
> § 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Com, efeito, em atenção ao princípio *tempus regit actum*, aplica-se, no tocante à concessão de benefícios previdenciários, a lei vigente à época do fato que o originou.

Nesse sentido, a súmula nº 340 do Superior Tribunal de Justiça: "A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado".

Noutras palavras, o direito ao benefício deve ser analisado no momento do fato gerador, ou seja, a incapacidade deve ser anterior ao óbito do instituidor.

Nesse diapasão:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À PENSÃO. FILHA MAIOR E INVÁLIDA. INVALIDEZ PREEXISTENTE AO ÓBITO DO INSTITUIDOR DA PENSÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> 1. O entendimento jurisprudencial do STJ é o de que, em se tratando de filho inválido, a concessão da pensão por morte depende apenas da comprovação de que a invalidez é anterior ao óbito do instituidor do benefício.
> 2. Não se deve perder de vista, na análise de questão envolvendo o pagamento de pensão a pessoa inválida, que o objetivo de tal prestação é a proteção de quem apresenta a incapacidade; neste caso, a pensão decorre, ademais, do esforço contributivo do seu instituidor, e não propriamente de uma concessão *ex gratia*.
> 3. Agravo Regimental da UNIÃO FEDERAL desprovido.
> (STJ, AgRg no Ag 1427186 / PE AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2011/0187112-9 Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 06/09/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 14/09/2012).

> PROCESSO CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, §1º DO CPC. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MARIDO NÃO-INVÁLIDO.DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO COMPROVADA.

- Aplicação da lei vigente à época do óbito, consoante o princípio *tempus regit actum*.
- Para a obtenção da pensão por morte, mister o preenchimento de dois requisitos: qualidade de segurado do falecido e dependência econômica.
- Pela legislação vigente à época do óbito da segurada, era beneficiário da previdência social rural, na qualidade de dependente de trabalhadora rural, com dependência econômica presumida, o marido inválido. No caso dos autos, porém, tal circunstância não restou comprovada.
- Os artigos 5º, inciso I, e 201, inciso V, da Constituição Federal não são auto-aplicáveis, dependendo de regulamentação por legislação infraconstitucional, o que veio ocorrer somente com a Lei nº 8.213/91 - em vigor a partir da publicação em 25.07.1991 - que, em seu artigo 16, definiu como "beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido."
- Não tendo, o autor, demonstrado sua condição de inválido à época do óbito, ocorrido em 1990, e sendo inaplicáveis ao caso as disposições contidas nos artigos 5º, inciso I, e 201, inciso V, da Constituição Federal, diante da inexistência de regulamentação infraconstitucional, o que ocorreu somente com a publicação da Lei nº 8.213/91, resta afastada a presunção de dependência econômica em relação à falecida.
- Agravo improvido.
(TRF 3ª R, AC 1755441, OITAVA TURMA, Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/06/2013, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA).

PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - FILHO INVÁLIDO - COMPROVAÇÃO DA DEPENDÊNCIA À ÉPOCA DO ÓBITO.
I - Nos termos da legislação previdenciária, o filho maior de 21 (vinte e um) anos, para fazer jus ao benefício de pensão por morte, deve comprovar a sua invalidez desde à época do óbito.
II - Comprovada a invalidez do autor a partir de 1943, posteriormente, portanto, à data do óbito de seu genitor (19.08.1940).
III - Apelação do autor improvida.
(TRF 3ª R, AC 105747, DÉCIMA TURMA, Fonte: DJU DATA:30/06/2004, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO).

A autora, nascida em *1952*, alega ser dependente de sua falecida mãe, tendo em vista sua incapacidade para o trabalho.

Nestes autos, a prova técnica, realizada em 15/01/2013, constatou a incapacidade laborativa total e permanente da parte autora, por ser portadora de surdo mudez congênita associada a patologias graves e irreversíveis. Conclui o perito pela existência da alegada deficiência múltipla e incapacidade para o trabalho desde o nascimento, agravando-se com a associação de patologias graves.

De outro lado, a requerente teve sua invalidez reconhecida pela própria autarquia, que lhe concedeu o benefício de aposentadoria por invalidez, desde 1º/09/1990, como se constata do CNIS de f. 51.

Está demonstrada, pois, a incapacidade anterior à data do óbito.

Não menos correto, porém, é o fato de a dependência econômica não estar caracterizada no caso.

É que a autora recebeu, ela própria, aposentadoria por invalidez, desde 1990. Ora, se recebia renda própria, não há que se falar em presunção absoluta de dependência econômica.

Nesse contexto, depreende-se do conjunto probatório dos autos que, embora a autora seja portadora de deficiência, tal patologia não a impediu de desenvolver atividade produtiva e somente lhe acarretou incapacidade após muitos anos.

Assim, indevida a concessão de pensão por morte no presente caso.

A questão da possibilidade de cumulação da pensão por morte com aposentadoria por invalidez é controvertida nos tribunais, encontrando-se precedentes em ambos os lados inclusive no Superior Tribunal de Justiça.

Seja como for, filio-me à corrente segundo a qual o filho inválido que percebe aposentadoria não tem direito à pensão pela morte dos pais, porquanto não patenteada a dependência econômica.

Nesse sentido:

> PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO. FILHO MAIOR INVÁLIDO. ART. 16, I, § 4º DA LEI N. 8.213/91. PRESUNÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA RELATIVA. ELIDÍVEL POR PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. REVISÃO DE FATOS. SÚMULA 7/STJ.
> 1. O § 4º do art. 16 da Lei n. 8.213/91 estabelece uma presunção relativa de dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I do mesmo dispositivo, e, como tal, pode ser elidida por provas em sentido contrário. Precedente: (AgRg no REsp 1241558/PR, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado DO TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 1/04/2011, DJe 6/6/2011).
> 2. O Tribunal de origem negou provimento à pretensão, por entender que (I) o recorrente não possuía relação de dependência com a mãe, pois já recebia a pensão pela morte do pai, o que lhe garantia o sustento e, (II) que o montante recebido foi aplicado pela representante legal também em favor do demandante, que com ela convivia. Assim, a despeito da fixação da DIB na data do óbito, o demandante somente pode receber os valores referentes à pensão decorrente do óbito do pai, a contar da data do óbito da mãe.
> 3. Não há como infirmar os fundamentos do Tribunal de origem, pois tal medida demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, esbarrando na Súmula 7/STJ.
> (Agravo regimental improvido (AgRg nos EDcl no REsp 1250619 / RS AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 2011/0093633-5 Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 06/12/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 17/12/2012).

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR INVÁLIDO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DESCARACTERIZADA PELO TRIBUNAL *A QUO*. ALTERAÇÃO DAS PREMISSAS FÁTICAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
> 1. Consoante entendimento firmado pelo Tribunal *a quo*, não procede o pedido de pensão por morte formulado por filho maior inválido, pois constatada ausência de dependência econômica, diante do fato de ser segurado do INSS e receber aposentadoria por invalidez.
> 2. Rever esse entendimento, requererá necessariamente o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, vedado em sede de recurso especial a teor da Súmula nº 7/STJ.
> 3. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no REsp 1369296 / RS, AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2013/0042998-2 Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 16/04/2013, Data da Publicação/Fonte, DJe 23/04/2013).

> 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, AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2011/0108497-6, Relator(a) Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE) (8215) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA, Data do Julgamento 05/02/2013, Data da Publicação/Fonte DJe 25/02/2013).

Em decorrência, concluo pelo não preenchimento dos requisitos exigidos para a concessão do benefício de pensão por morte.

Invertida a sucumbência, condeno a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, na forma do artigo 85, § 4º, III, do Novo CPC.

Ademais, considerando que a sentença foi publicada na vigência do CPC/1973, não incide ao presente caso a regra de seu artigo 85, §§ 1º e 11, do NCPC, que determina a majoração dos honorários de advogado em instância recursal.

Em relação à parte autora, fica suspensa a exigibilidade, segundo a regra do artigo 98, § 3º, do mesmo código, por ser beneficiária da justiça gratuita.

Ante o exposto, *dou provimento à apelação e à remessa oficial* para julgar improcedente o pedido.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS:

Cuida-se de declarar o voto proferido no julgamento de reexame necessário e de apelação interposta pelo INSS contra sentença que julgou procedente o pedido de concessão de pensão por morte.

A Nona Turma desta Corte, por maioria, deu provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do senhor Relator, que foi acompanhado pelo Des. Fed. Gilberto Jordan. Divergente o voto desta Magistrada, que negava provimento à apelação e dava parcial provimento à remessa oficial. Sobrestado o feito nos termos do art. 942, "caput" e §1º do CPC/2015.

Passo a declarar o voto.

Em matéria de pensão por morte, o princípio segundo o qual *tempus regit actum* impõe a aplicação da legislação vigente na data do óbito do segurado.

Considerando que o falecimento ocorreu em 19.07.2009, aplica-se a Lei 8.213/91.

O evento morte está comprovado com a certidão de óbito da segurada, juntada às fls. 28.

A qualidade de segurada da falecida não é questão controvertida nos autos, mas está comprovada, eis que era beneficiária de aposentadoria por invalidez (NB 077.455.376-6).

Na data do óbito da mãe, a autora tinha 57 anos. Dessa forma, deveria comprovar a condição de inválida, conforme dispõe o art. 16, I, da Lei 8.213/91, para ser considerada de-

pendente da falecida e ter direito à pensão por morte.

O extrato do Sistema Único de Benefícios - DATAPREV (fl. 51) indica que a autora é beneficiária de aposentadoria por invalidez desde 01.09.1990 (NB 077.459.273-7).

Às fls. 57/71, foram juntados documentos médicos da autora e também foi determinada a realização de perícia médica, cujo laudo está encartado às fls. 133/135.

Consta no laudo pericial: "Trata-se de portadora de surdo mudez congênita, comprovada por historia de exame clínico atual graçando com esclerose sistêmica acometendo MMSS e pulmões cuja espirometria revela redução da oxigenação para 38% do previsto, caracterizando uma doença restritiva grave. Apresenta também alterações radiológicas graves, com fibrose intersticial extensa, necessita dos cuidados permanentes da irmã, pois tem severa restrição de mobilidade dos braços e mãos e pelo acometimento de esôfago e cavidade oral, necessita ajuda para alimentação e deglutição com alimentos de consistência pastosa".

Por fim, o perito concluiu: "Existe, pois, a alegada deficiência múltipla e incapacidade para a vida independente e trabalho desde o nascimento, agravando-se com a associação de patologias graves e irreversíveis".

O próprio INSS já reconheceu a incapacidade da autora ao conceder a aposentadoria por invalidez em 1990.

Assim, comprovada a condição de filha inválida na data do óbito, a autora tem direito à pensão por morte pelo falecimento da genitora.

Entendo que o fato de receber aposentadoria por invalidez no valor de um salário mínimo não impede a concessão da pensão por morte.

Ressalte-se, por fim, que a Lei 8.213/91 exige que a prova da invalidez se dê no momento do óbito, e não antes do advento da maioridade ou emancipação.

Nesse sentido já decidiu o STJ:

> PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. IRMÃO MAIOR E INVÁLIDO. MORBIDADE PSÍQUICA - ESQUIZOFRENIA PARANOIDE. DOENÇA GRAVE - HIV. INVALIDEZ SUPERVENIENTE À MAIORIDADE. IRRELEVÂNCIA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA. EXCESSO DE PODER REGULAMENTAR. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
> 1. Cuida-se, na origem, de demanda em que busca o autor, ora recorrente, a concessão de pensão previdenciária decorrente da morte de sua irmã.
> 2. O Tribunal *a quo* consignou: "(...) embora a parte autora tenha demonstrado que há relação de dependência com a de cujus, não comprovou sua invalidez no período anterior à maioridade" (fl. 485, e-STJ, grifo acrescentado).
> 3. No Direito brasileiro os chefes do Poder Executivo podem regulamentar a lei por meio de Decreto, facultando-se, ademais, à autoridade administrativa editar atos normativos administrativos gerais - como Portarias e Resoluções - com o intuito de disciplinar e instrumentalizar a boa aplicação da legislação que lhes é superior. Em ambos os casos as normas administrativas editadas não precisam, pois seria desperdício de tempo e papel, repetir, palavra por palavra, o que está na lei, desde que respeitem seus limites, principiologia, estrutura e objetivos. No que tange a essas normas administrativas, plenamente compatíveis com o regime constitucional brasileiro, cabe detalhar as obrigações e direitos estabelecidos na lei.
> 4. O artigo 108 do Decreto 3.048/1991 extrapolou o poder regulamentar, pois criou um requisito para a concessão do benefício de pensão por morte ao filho ou irmão inválido, qual seja: que a invalidez ocorra antes dos vinte e um anos de idade.
> 5. É irrelevante o fato de a invalidez ter sido após a maioridade do postulante, uma vez que, nos termos do artigo 16, inciso III c/c parágrafo 4º, da Lei 8.213/91, é devida a pensão por morte,

> comprovada a dependência econômica, ao irmão inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.
> 6. Alinhado a esse entendimento, há precedentes do STJ no sentido de que, em se tratando de dependente maior inválido, basta a comprovação de que a invalidez é anterior ao óbito do segurado. Nesse sentido: AgRg no AREsp 551.951/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 24/4/2015, e AgRg no Ag 1.427.186/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 14/9/2012.
> 7. *In casu*, a instituidora do benefício faleceu em 17 de junho de 2011 (fl. 370, e-STJ), a invalidez anterior à data do óbito (1.5.2001) e a dependência econômica do irmão foram reconhecidas pelo acórdão recorrido (fls. 484-485, e-STJ). Portanto, encontram-se preenchidos os requisitos legais para concessão do benefício pleiteado.
> 8. Recurso Especial provido.
> (REsp 1551150/AL, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 21/03/2016)

Termo inicial do benefício mantido na data do requerimento administrativo (11.09.2009), nos termos do art. 74, II, da Lei 8.213/91 e a pensão por morte é devida até o óbito da autora, ocorrido em 10.06.2016.

As parcelas vencidas serão acrescidas de correção monetária a partir dos respectivos vencimentos e de juros moratórios a partir da citação.

A correção monetária será aplicada nos termos da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos da Justiça Federal, observado o disposto na Lei nº 11.960/2009 (Repercussão Geral no RE nº 870.947).

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 nº 9.494/97, alterado pelo art. 5º da Lei nº 11.960/2009, pela MP nº 567, de 13.05.2012, convertida na Lei nº 12.703, de 07.08.2012, e legislação superveniente.

Com essas considerações, pedindo vênia ao senhor Relator, NEGO PROVIMENTO à apelação e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao reexame necessário para fixar a correção monetária e os juros de mora, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0005998-98.2016.4.03.6100
(2016.61.00.005998-2)

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelado: DANILO ANDRÉ DE LACERDA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO
Classe do Processo: ApReeNec 371615
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/04/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SEGURO-DESEMPREGO. LIBERAÇÃO DE PARCELAS. SÓCIO. EMPRESA INATIVA. SEGURANÇA CONCEDIDA.
1. O amparo ao trabalhador em situação de desemprego é uma garantia prevista no artigo 7º, inciso II, e no artigo 201, inciso III, ambos da Constituição da República.
2. Nos termos do inciso V do artigo 3º da Lei nº 7.998/90, é requisito para o recebimento do seguro-desemprego o interessado "não possuir renda própria de qualquer natureza suficiente à sua manutenção e de sua família".
3. No caso dos autos, de acordo com informações da autoridade impetrada, o indeferimento das parcelas do benefício ocorreu em virtude de o impetrante possuir renda própria, por figurar no quadro societário da empresa inscrita no CNPJ sob o n. 68.171.099/0001-28, conforme fl. 21. Contudo, consoante comprovou a impetrante pelos documentos de fls. 29/30, a empresa de cujo quadro societário faz parte está inativa, o que faz presumir a ausência de renda própria capaz de obstar o recebimento do seguro-desemprego.
4. Comprovado a dispensa sem justa causa da empresa "Via Sul Logística Ltda. EPP", em 18.11.2015 (fl. 38), bem como que os documentos constantes nos autos são hábeis a comprovar que a parte impetrante não auferiu renda da empresa em que figura como sócio, não há qualquer óbice à liberação do seguro-desemprego.
5. Sem condenação em honorários advocatícios, consoante o disposto no art. 25 da Lei n. 12.016/2009.
6. Remessa necessária e apelação desprovidas.

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 remessa necessária e à apelação*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de abril de 2018.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator):

Trata-se de mandado de segurança impetrado por DANILO ANDRÉ DE LACERDA contra ato do Diretor do Ministério do Trabalho e do Emprego - MTE, objetivando o recebimento do Seguro Desemprego, em razão da rescisão de seu contrato de trabalho, sem justa causa.

O despacho de fl. 46 deferiu a gratuidade da justiça, bem como determinou a regularização da inicial e a notificação da autoridade impetrada para prestar informações.

Informações da autoridade impetrada (fls. 56/57).

A medida liminar foi indeferida (fls. 67/68).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo prosseguimento do feito, ante a ausência de interesse público (fl. 73).

A decisão de fls. 77/78 declinou da competência, determinando a remessa dos autos ao Fórum Previdenciário de São Paulo.

O despacho de fls. 86 retificou, de ofício, o polo passivo do feito, a fim de constar como impetrado o Superintendente do Ministério do Trabalho e Emprego no Estado de São Paulo.

A sentença de fls. 91/94 concedeu a segurança, condenando a parte impetrada ao pagamento de cinco parcelas em atraso do seguro-desemprego.

Apelação da União, pleiteando, em síntese, a denegação da segurança (fls. 97/106).

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo prosseguimento feito (fl.111).

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator):

O mandado de segurança é ação constitucional que obedece a procedimento célere e encontra regulamentação básica no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal:

> Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Percebe-se, portanto que, dentre outras exigências, é necessário que o direito cuja tutela se pretende, seja líquido e certo.

Todavia, a conceituação de direito líquido e certo não se relaciona com a existência ou não de dúvida ou controvérsia, sob o prisma jurídico, em relação à existência do direito.

Assim, é líquido e certo o direito apurável sem a necessidade de dilação probatória, ou seja, quando os fatos em que se fundar o pedido puderem ser provados de forma incontestável no processo.

Portanto, a presença de prova pré-constituída a amparar a pretensão da parte impetrante impõe a análise do mérito.

O amparo ao trabalhador em situação de desemprego é uma garantia prevista no artigo 7º, inciso II, e no artigo 201, inciso III, ambos da Constituição da República.

Nos termos do inciso V do artigo 3º da Lei nº 7.998/90, que regulamentou o programa do "Seguro Desemprego", é requisito para o recebimento do seguro-desemprego o interessado "não possuir renda própria de qualquer natureza suficiente à sua manutenção e de sua família".

No caso dos autos, de acordo com informações da autoridade impetrada, o indeferimento das parcelas do benefício ocorreu em virtude de o impetrante possuir renda própria, por figurar no quadro societário da empresa inscrita no CNPJ sob o n. 68.171.099/0001-28, conforme fl. 21.

Contudo, consoante comprovou a impetrante pelos documentos de fls. 29/30, a empresa de cujo quadro societário faz parte está inativa, o que faz presumir a ausência de renda própria capaz de obstar o recebimento do seguro-desemprego.

Com o intuito de comprovar que a empresa onde figura como sócio e também trabalhou permanece inativa, o requerente trouxe aos autos documentos obtidos através do sistema da Receita Federal, às fls. 23/30.

Assim, o simples fato de figurar como sócio de empresa, em princípio, não significa que esteja auferindo renda. Nesse sentido:

> PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SEGURO-DESEMPREGO. SÓCIO DE EMPRESA INATIVA. RENDA PRÓPRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO.
> I - Nos termos do inciso V do artigo 3º da Lei nº 7.998/90, é requisito para o recebimento do seguro-desemprego o interessado não possuir renda própria de qualquer natureza suficiente à sua manutenção e de sua família.
> II - Consoante comprovou a impetrante, a empresa de cujo quadro societário fazia parte estava inativa, o que faz presumir a ausência de renda própria capaz de obstar o recebimento do seguro-desemprego.
> III - À míngua de prova robusta de que a impetrante esteja, realmente, percebendo algum rendimento, o simples fato de ela integrar os quadros societários de uma pessoa jurídica não pode ser admitido como suficiente para infirmar a alegação de falta de rendimentos, mormente em face das declarações fazendárias de que a referida pessoa jurídica não está em operação.
> IV - A Circular MTE nº 25/2016 reconhece a possibilidade de prova de não percepção de renda da empresa por parte de seu sócio, para fins de obtenção de seguro-desemprego, por declaração simplificada da pessoa jurídica.
> V - Remessa oficial improvida.
> (TRF/3ª Região, REOMS 00038027720164036126, DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/09/2017).

> ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SEGURO-DESEMPREGO. PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA EM EMPRESA ATIVA. AUSÊNCIA DE RENDA. POSSIBILIDADE DE LIBERAÇÃO DAS PARCELAS DO BENEFÍCIO.
> - Compulsando-se os autos, verifica-se que o impetrante requereu junto ao Ministério do Trabalho e Emprego, a liberação das parcelas do seguro-desemprego, em razão da rescisão imotivada de seu contrato de trabalho para a empresa Atual e Original Araçatuba-Serviços de Informática Ltda./ME, em 24/02/2016.
> - O indeferimento das parcelas do benefício ocorreu em virtude de o impetrante possuir renda própria, por figurar no quadro societário da empresa "Solução Informática Araçatuba Ltda.", com data de inclusão em 10/06/1999, sem data de baixa.
> - No caso dos autos, o fato de o impetrante constar nos dados da Receita Federal como sócio da empresa "Solução Informática Araçatuba Ltda.", com sua inclusão no quadro social da pessoa jurídica em 18/06/1999, por si só, não impede o recebimento do seguro-desemprego

por ele requerido, uma vez que não há nenhum elemento nos autos a evidenciar a percepção de renda pelo impetrante.
- Reexame necessário desprovido.
(REOMS 00013955820164036107, DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/04/2017).

Assim, comprovado a dispensa sem justa causa da empresa "Via Sul Logística Ltda. EPP", em 18.11.2015 (fl. 38), bem como que os documentos constantes nos autos são hábeis a comprovar que a parte impetrante não auferiu renda da empresa em que figura como sócio, não há qualquer óbice à liberação do seguro-desemprego.

Sem condenação em honorários advocatícios, consoante o disposto no art. 25 da Lei n. 12.016/2009.

Diante do exposto, *nego provimento à apelação e à remessa necessária.*

É como voto.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0041083-54.2017.4.03.9999
(2017.03.99.041083-1)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: JOSÉ APARECIDO GUERRA
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE ARTUR NOGUEIRA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
Classe do Processo: ApReeNec 2283167
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/05/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. REMESSA OFICIAL NÃO CONHECIDA. ART. 496, § 3º, CPC. LABOR RURAL REGISTRADO EM CTPS. RECONHECIMENTO PARA FINS DE CARÊNCIA. POSSIBILIDADE. APOSENTAÇÃO HÍBRIDA. PRECEDENTES. APELAÇÃO DO INSS IMPROVIDA.
1. De início, observo ser inaplicável a disposição sobre o reexame necessário ao caso em tela, vez que o disposto no parágrafo 3º do artigo 496 do CPC atual dispensa do reexame necessário o caso em questão, por se tratar de direito controvertido inferior ao limite previsto no citado dispositivo legal.
2. Para a percepção de Aposentadoria por Idade, o segurado deve demonstrar o cumprimento da idade mínima de 65 anos, se homem, e 60 anos, se mulher, e número mínimo de contribuições para preenchimento do período de carência correspondente, conforme artigos 48 e 142 da Lei 8.213/91.
3. Anoto, por oportuno, que a edição da Lei 11.718, de 20 de junho de 2008, promoveu uma alteração no art. 48 da Lei 8.213/91, que possibilitou a contagem mista do tempo de labor rural e urbano para fins de concessão de aposentadoria por idade, com a majoração do requisito etário mínimo para 60 (sessenta) e 65 (sessenta e cinco) anos, respectivamente, para mulheres e homens.
4. Observo, introdutoriamente, que os períodos vindicados de atividade rural da parte autora constantes em CTPS devem ser efetivamente averbados pela Autarquia Previdenciária e considerados para fins de carência, sendo inclusive desnecessária a produção de provas orais nesse sentido, pois a jurisprudência ressalta que, existindo registro em Carteira Profissional, o reconhecimento do referido período deverá ser considerado, inclusive para fins de carência, independentemente do recolhimento das contribuições respectivas, pois de obrigatoriedade do respectivo empregador.
5. Além disso, cumpre observar que a aposentadoria híbrida tem por objetivo alcançar os trabalhadores que, ao longo de sua vida, mesclaram períodos de labor urbano e rural, sem, contudo, perfazer tempo suficiente para se aposentar em nenhuma dessas duas atividades, quando isoladamente consideradas, permitindo-se, assim, a somatória de ambos os períodos. A Lei não faz distinção acerca de qual seria a atividade a ser exercida pelo segurado no momento imediatamente anterior ao requerimento administrativo, sequer veda a possibilidade de se computar o referido tempo de labor campesino, anterior à vigência da Lei nº 8.213/91, para fins de carência. Apenas exige a elevação do requisito etário, ou seja, o mesmo relacionado à aposentadoria por

idade urbana, diferenciando tal modalidade de aposentação daquela eminentemente rurícola. Precedentes.
6. Remessa oficial não conhecida. Apelação do INSS improvida.

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, não conhecer da remessa oficial e negar provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de abril de 2018.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Trata-se de apelação em ação de conhecimento proposta em face do INSS, na qual a parte autora requer a concessão de aposentadoria por idade, na modalidade híbrida. Busca provar tal circunstância mediante apresentação de documentos que entende comprobatórios do direito pleiteado, além de registros em CTPS.

A r. sentença julgou procedente o pedido formulado na exordial, extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do CPC, para o fim de condenar o INSS a conceder o benefício da aposentadoria por idade ao autor, a partir do requerimento administrativo (19/08/2014), devendo as parcelas em atraso serem devidamente corrigidas monetariamente a partir de cada vencimento, nos termos da Súmula nº 148 do STJ, pelos índices previstos no manual de Cálculos da Justiça Federal (ADIn 4357) e acrescidas de juros legais de mora na forma do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, na redação dada pela Lei nº 11.690/09 (REsp nº 1388941). Anotou que a Autarquia está isenta de custas e emolumentos, nos termos do artigo 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96, do artigo 24-A da MP 2.180-35, de 24/08/2001 e do artigo 8º, §1º, da Lei nº 8.620/92, não estando dispensada, porém, das demais despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios que, por se tratar de sentença ilíquida, a definição do percentual a ser estabelecido a título de honorários devidos ao advogado da parte autora somente ocorrerá quando liquidado o julgamento, nos termos do que prevê o inciso II do §4º do artigo 85 do CPC, respeitada a Súmula 111 do STJ.

Sentença submetida ao reexame necessário.

Irresignada, a Autarquia Previdenciária ofertou apelação, alegando, em apertada síntese, que a parte autora não possui carência suficiente, sustentando que o período de labor rural anterior a 1991, mesmo registrado em CTPS, não pode ser utilizado para fins de carência. Aduz, ainda, que para a concessão de aposentação híbrida, deverá o segurado ser trabalhador rural no momento imediatamente anterior ao requerimento administrativo, se aplicando o referido benefício apenas aos trabalhadores rurais.

Sem contrarrazões, subiram os autos a este E. Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

De início, observo ser inaplicável a disposição sobre o reexame necessário ao caso em tela, vez que o disposto no parágrafo 3º do artigo 496 do CPC atual dispensa do reexame necessário o caso em questão, por se tratar de direito controvertido inferior ao limite previsto no citado dispositivo legal, conforme se verifica abaixo, *in verbis*:

> Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:
> I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;
> II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.
> § 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.
> § 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1o, o tribunal julgará a remessa necessária.
> *§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:*
> *I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;*
> II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;
> III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público. (g.n.)

Por conseguinte, considerando os valores atrasados a que a parte autora eventualmente fará jus, conclui-se que o valor da condenação, por evidente, não ultrapassará 1000 (mil) salários mínimos, o que permite a aplicação da regra constante do dispositivo legal supracitado. Desse modo, não conheço da remessa oficial.

Passo, então, à análise do mérito recursal.

Para a percepção de Aposentadoria por Idade, o segurado deve demonstrar o cumprimento da idade mínima de 65 anos, se homem, e 60 anos, se mulher, e número mínimo de contribuições para preenchimento do período de carência correspondente, conforme artigos 48 e 142 da Lei 8.213/91.

Cumpre ressaltar que, com o advento da Lei nº 10.666, de 08 de maio de 2003, a perda da qualidade de segurado se tornou irrelevante para a concessão da aposentadoria por idade, desde que o segurado já conte com o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência, na data de requerimento do benefício.

> Art. 3º: A perda da qualidade do segurado não será considerada para a concessão das aposentadorias por tempo de contribuição e especial.
> § 1º Na hipótese de aposentadoria por idade, a perda da qualidade de segurado não será considerada para a concessão desse benefício, desde que o segurado conte com, no mínimo, o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência na data do requerimento do benefício.
> § 2º A concessão do benefício de aposentadoria por idade, nos termos do § 1º, observará, para os fins de cálculo do valor do benefício, o disposto no art. 3º, *caput* e § 2º, da Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999, ou, não havendo salários de contribuição recolhidos no

> período a partir da competência julho de 1994, o disposto no art. 35 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

Muito embora o art. 3º, § 1º, da Lei 10.666/2003 estabeleça que o segurado conte com no mínimo o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência na data do requerimento do benefício, a Jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça entende que a carência exigida deve levar em conta a data em que o segurado implementou as condições necessárias à concessão do benefício e não a data do requerimento administrativo.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ART. 142 DA LEI Nº 8.213/91. PERÍODO DE CARÊNCIA. PREENCHIMENTO. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. ATENDIMENTO PRÉVIO DOS REQUISITOS. BENEFÍCIO DEVIDO.
> 1. Na forma da atual redação do art. 142 da Lei nº 8.213/91, alterado pela Lei nº 9.032/95, a carência das aposentadorias por idade, por tempo de serviço e especial obedecerá à tabela ali prevista, mas levando-se em consideração o ano em que o segurado implementou as condições necessárias à concessão do benefício e não a data do requerimento administrativo.
> 2. Aplica-se ao caso o art. 102, § 1º, da Lei nº 8.213/91, que dispõe que a perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos segundo a legislação então em vigor (arts. 52 e 53 da Lei nº 8.213/91).
> 3. Recurso especial provido.
> (REsp. nº 490.585/PR, Relator o Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU de 23/8/2005).

O artigo 24 da Lei nº 8.213/1991 dispõe que: "Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências."

Por seu turno, o art. 25, inciso II, da referida Lei estabelece que:

> A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26:
> (...)
> II - aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de serviço e aposentadoria especial: 180 contribuições mensais.

Porém, para os segurados inscritos na Previdência Social Urbana até 24 de julho de 1991, o art. 142 da Lei nº 8.213/1991, trouxe uma regra de transição, consubstanciada em uma tabela progressiva de carência, de acordo com o ano em que foram implementadas as condições para a aposentadoria por idade.

Deve-se observar que para aferir a carência a ser cumprida deverá ser levada em consideração a data em que foi implementado o requisito etário para a obtenção do benefício e não aquele em que a pessoa ingressa com o requerimento de aposentadoria por idade junto ao Instituto Nacional do Seguro Social.

Trata-se de observância do mandamento constitucional de que todos são iguais perante a lei (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal). Se, por exemplo, aquele que tivesse preenchido as condições de idade e de carência, mas que fizesse o requerimento administrativo posteriormente seria prejudicado com a postergação do seu pedido, já que estaria obrigado a cumprir um período maior de carência do que aquele que o fizesse no mesmo momento em que tivesse completado a idade mínima exigida, o que obviamente não se coaduna com o princípio da

isonomia, que requer que pessoas em situações iguais sejam tratadas da mesma maneira.

Por outro lado, no caso de cumprimento do requisito etário, mas não da carência, o aferimento desta, relativamente à aposentadoria por idade, será realizado quando do atingimento da idade esperada, ainda que, naquele momento a pessoa não tivesse completado a carência necessária.

Nessa situação, o próprio adiamento da possibilidade de obtenção do benefício para o momento em que fosse cumprida a carência exigida no artigo 142 da Lei de Benefícios Previdenciários já estabeleceria diferença entre aquele que cumpriu a carência no momento em que completara a idade mínima, não havendo que se falar em necessidade de qualquer prazo adicional.

Corroborando este entendimento, cito a Súmula nº 02 da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região, que assim dispôs: Para a concessão da aposentadoria por idade, não é necessário que os requisitos da idade e da carência sejam preenchidos simultaneamente.

Anoto, por oportuno, que a edição da Lei 11.718, de 20 de junho de 2008, promoveu uma alteração no art. 48 da Lei 8.213/91, que possibilitou a contagem mista do tempo de labor rural e urbano para fins de concessão de aposentadoria por idade, com a majoração do requisito etário mínimo para 60 (sessenta) e 65 (sessenta e cinco) anos, respectivamente, para mulheres e homens.

Trago à colação a redação mencionada, *in litteris*:

> § 2º: Para os efeitos do disposto no § 1o deste artigo, o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido, computado o período a que se referem os incisos III a VIII do § 9o do art. 11 desta Lei.
> *§ 3º: Os trabalhadores rurais de que trata o § 1o deste artigo que não atendam ao disposto no § 2o deste artigo, mas que satisfaçam essa condição, se forem considerados períodos de contribuição sob outras categorias do segurado, farão jus ao benefício ao completarem 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher.*
> § 4º: Para efeito do § 3o deste artigo, o cálculo da renda mensal do benefício será apurado de acordo com o disposto no inciso II do *caput* do art. 29 desta Lei, considerando-se como salário-de-contribuição mensal do período como segurado especial o limite mínimo de salário-de-contribuição da Previdência Social. (g.n.)

Feitas tais considerações, passo à análise dos requisitos necessários. A idade mínima de 65 anos exigida para a obtenção do benefício foi atingida pela parte autora em 2014, haja vista haver nascido em 02/07/1949, segundo atesta sua documentação (fls. 18). Desse modo, necessária agora comprovação da carência no montante de 180 meses, conforme redação dada ao art. 142 da Lei 8.213/91, após sua modificação pela Lei 9.032/95.

Com o intuito de constituir o início de prova material, com base na CTPS apresentada e documentação colacionada aos autos, verifico que a parte autora comprovou carência necessária para a obtenção do beneficio pleiteado, o que também restou reconhecido pela r. sentença de primeiro grau.

Observo, introdutoriamente, que os períodos vindicados de atividade rural da parte autora constantes em CTPS devem ser efetivamente averbados pela Autarquia Previdenciária e considerados para fins de carência, sendo inclusive desnecessária a produção de provas orais

nesse sentido, pois a jurisprudência ressalta que, existindo registro em Carteira Profissional, o reconhecimento do referido período deverá ser considerado, inclusive para fins de carência, independentemente do recolhimento das contribuições respectivas, pois de obrigatoriedade do respectivo empregador.

Confira-se:

> PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. AVERBAÇÃO DE TRABALHO RURAL COM REGISTRO EM CARTEIRA PROFISSIONAL PARA EFEITO DE CARÊNCIA. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 55, § 2º, E 142 DA LEI 8.213/91. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.
> 1. Caso em que o segurado ajuizou a presente ação em face do indeferimento administrativo de aposentadoria por tempo de serviço, no qual a autarquia sustentou insuficiência de carência.
> 2. Mostra-se incontroverso nos autos que o autor foi contratado por empregador rural, com registro em carteira profissional desde 1958, razão pela qual não há como responsabilizá-lo pela comprovação do recolhimento das contribuições.
> 3. Não ofende o § 2º do art. 55 da Lei 8.213/91 o reconhecimento do tempo de serviço exercido por trabalhador rural registrado em carteira profissional para efeito de carência, tendo em vista que o empregador rural, juntamente com as demais fontes previstas na legislação de regência, eram os responsáveis pelo custeio do fundo de assistência e previdência rural (FUNRURAL).
> 4. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art.
> 543-C do CPC e Resolução STJ nº 8/2008.
> (REsp 1352791/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2013, DJe 05/12/2013)

Além disso, cumpre observar que a aposentadoria híbrida tem por objetivo alcançar os trabalhadores que, ao longo de sua vida, mesclaram períodos de labor urbano e rural, sem, contudo, perfazer tempo suficiente para se aposentar em nenhuma dessas duas atividades, quando isoladamente consideradas, permitindo-se, assim, a somatória de ambos os períodos. A Lei não faz distinção acerca de qual seria a atividade a ser exercida pelo segurado no momento imediatamente anterior ao requerimento administrativo, sequer veda a possibilidade de se computar o referido tempo de labor campesino, anterior à vigência da Lei nº 8.213/91, para fins de carência. Apenas exige a elevação do requisito etário, ou seja, o mesmo relacionado à aposentadoria por idade urbana, diferenciando tal modalidade de aposentação daquela eminentemente rurícola.

Nesse sentido, anotem-se os seguintes julgados do C. STJ:

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA HÍBRIDA POR IDADE. ART. 48, § 3º, DA LEI N. 8213/91. EXEGESE. MESCLA DOS PERÍODOS DE TRABALHO URBANO E RURAL. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL NO MOMENTO QUE ANTECEDE O REQUERIMENTO. DESNECESSIDADE. CÔMPUTO DO TEMPO DE SERVIÇO RURAL ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 8.213/91 PARA FINS DE CARÊNCIA. POSSIBILIDADE.
> 1. A Lei 11.718 /2008, ao alterar o art. 48 da Lei 8.213/91, conferiu ao segurado o direito à aposentadoria híbrida por idade, possibilitando que, na apuração do tempo de serviço, seja realizada a soma dos lapsos temporais de trabalho rural com o urbano.
> 2. Para fins do aludido benefício, em que é considerado no cálculo tanto o tempo de serviço urbano quanto o de serviço rural, é irrelevante a natureza do trabalho exercido no momento anterior ao requerimento da aposentadoria.
> 3. O tempo de serviço rural anterior ao advento da Lei n. 8.213/91 pode ser computado para

fins da carência necessária à obtenção da aposentadoria híbrida por idade, ainda que não tenha sido efetivado o recolhimento das contribuições.
4. O cálculo do benefício ocorrerá na forma do disposto no inciso II do *caput* do art. 29 da Lei n. 8.213/91, sendo que, nas competências em que foi exercido o labor rurícola sem o recolhimento de contribuições, o valor a integrar o período básico de cálculo - PBC será o limite mínimo de salário-de-contribuição da Previdência Social.
5. A idade mínima para essa modalidade de benefício é a mesma exigida para a aposentadoria do trabalhador urbano, ou seja, 65 anos para o homem e 60 anos para a mulher, portanto, sem a redução de 5 anos a que faria jus o trabalhador exclusivamente rurícola.
6. Recurso especial improvido.
(REsp 1.476.383/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 08/10/2015)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA. ART. 48, § § 3º e 4º, DA LEI 8.213/1991. TRABALHO URBANO E RURAL NO PERÍODO DE CARÊNCIA. REQUISITO. LABOR CAMPESINO NO MOMENTO DE IMPLEMENTAR O REQUISITO ETÁRIO OU O REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. EXIGÊNCIA AFASTADA. CONTRIBUIÇÕES. TRABALHO RURAL.
1. O INSS interpôs Recurso Especial aduzindo que a parte ora recorrida não se enquadra na aposentadoria por idade prevista no art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991, pois no momento de implementar o requisito etário ou o requerimento administrativo era trabalhadora urbana, sendo a citada norma dirigida a trabalhadores rurais. Aduz ainda que o tempo de serviço rural anterior à Lei 8.213/1991 não pode ser computado como carência.
2. O § 3º do art. 48 da Lei 8.213/1991 (com a redação dada pela Lei 11.718 /2008) dispõe: "§ 3o Os trabalhadores rurais de que trata o § 1º deste artigo que não atendam ao disposto no § 2º deste artigo, mas que satisfaçam essa condição, se forem considerados períodos de contribuição sob outras categorias do segurado, farão jus ao benefício ao completarem 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher."
3. Do contexto da Lei de Benefícios da Previdência Social se constata que a inovação legislativa trazida pela Lei 11.718 /2008 criou forma de aposentação por idade híbrida de regimes de trabalho, contemplando aqueles trabalhadores rurais que migraram temporária ou definitivamente para o meio urbano e que não têm período de carência suficiente para a aposentadoria prevista para os trabalhadores urbanos (*caput* do art. 48 da Lei 8.213/1991) e para os rurais (§ § 1º e 2º do art. 48 da Lei 8.213/1991).
4. Como expressamente previsto em lei, a aposentadoria por idade urbana exige a idade mínima de 65 anos para homens e 60 anos para mulher, além de contribuição pelo período de carência exigido. Já para os trabalhadores exclusivamente rurais, a idade é reduzida em cinco anos e o requisito da carência restringe-se ao efetivo trabalho rural (art. 39, I, e 143 da Lei 8.213/1991).
5. A Lei 11.718 /2008, ao incluir a previsão dos §§ 3º e 4º no art. 48 da Lei 8.213/1991, abrigou, como já referido, aqueles trabalhadores rurais que passaram a exercer temporária ou permanentemente períodos em atividade urbana, já que antes da inovação legislativa o mesmo segurado se encontrava num paradoxo jurídico de desamparo previdenciário: ao atingir idade avançada, não podia receber a aposentadoria rural porque exerceu trabalho urbano e não tinha como desfrutar da aposentadoria urbana em razão de o curto período laboral não preencher o período de carência.
6. Sob o ponto de vista do princípio da dignidade da pessoa humana, a inovação trazida pela Lei 11.718 /2008 consubstancia a correção de distorção da cobertura previdenciária: a situação daqueles segurados rurais que, com a crescente absorção da força de trabalho campesina pela cidade, passam a exercer atividade laborais diferentes das lides do campo, especialmente quanto ao tratamento previdenciário.

7. Assim, a denominada aposentadoria por idade híbrida ou mista (art. 48, § § 3º e 4º, da Lei 8.213/1991) aponta para um horizonte de equilíbrio entre a evolução das relações sociais e o Direito, o que ampara aqueles que efetivamente trabalharam e repercute, por conseguinte, na redução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário.
8. Essa nova possibilidade de aposentadoria por idade não representa desequilíbrio atuarial, pois, além de exigir idade mínima equivalente à aposentadoria por idade urbana (superior em cinco anos à aposentadoria rural), conta com lapsos de contribuição direta do segurado que a aposentadoria por idade rural não exige.
9. Para o sistema previdenciário, o retorno contributivo é maior na aposentadoria por idade híbrida do que se o mesmo segurado permanecesse exercendo atividade exclusivamente rural, em vez de migrar para o meio urbano, o que representará, por certo, expressão jurídica de amparo das situações de êxodo rural, já que, até então, esse fenômeno culminava em severa restrição de direitos previdenciários aos trabalhadores rurais.
10. Tal constatação é fortalecida pela conclusão de que o disposto no art. 48, § § 3º e 4º, da Lei 8.213/1991 materializa a previsão constitucional da uniformidade e equivalência entre os benefícios destinados às populações rurais e urbanas (art. 194, II, da CF), o que torna irrelevante a preponderância de atividade urbana ou rural para definir a aplicabilidade da inovação legal aqui analisada.
11. Assim, seja qual for a predominância do labor misto no período de carência ou o tipo de trabalho exercido no momento do implemento do requisito etário ou do requerimento administrativo, o trabalhador tem direito a se aposentar com as idades citadas no § 3º do art. 48 da Lei 8.213/1991, desde que cumprida a carência com a utilização de labor urbano ou rural. Por outro lado, se a carência foi cumprida exclusivamente como trabalhador urbano, sob esse regime o segurado será aposentado (*caput* do art. 48), o que vale também para o labor exclusivamente rurícola (§ §1º e 2º da Lei 8.213/1991).
12. Na mesma linha do que aqui preceituado: REsp 1.376.479/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Julgado em 4.9.2014, pendente de publicação.
13. Observando-se a conjugação de regimes jurídicos de aposentadoria por idade no art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991, denota-se que cada qual deve ser observado de acordo com as respectivas regras.
14. Se os arts. 26, III, e 39, I, da Lei 8.213/1991 dispensam o recolhimento de contribuições para fins de aposentadoria por idade rural, exigindo apenas a comprovação do labor campesino, tal situação deve ser considerada para fins do cômputo da carência prevista no art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991, não sendo, portanto, exigível o recolhimento das contribuições.
15. Agravo Regimental não provido.
(AgRg no REsp 1.497.086/PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 6/4/2015)

Nesses termos, a parte autora faz jus, efetivamente, à concessão do benefício de aposentadoria por idade urbana, nos termos do art. 48 da Lei nº 8.213/1991, cuja DIB deverá ser mantida a partir do requerimento administrativo (fls.53 - 19/08/2014), oportunidade na qual já se configurava o direito à aposentação requerida, havendo resistência injustificada do INSS em sua concessão.

Anote-se, apenas, a obrigatoriedade da dedução, na fase de liquidação, dos valores eventualmente pagos à parte autora após o termo inicial assinalado à benesse ora outorgada, ao mesmo título ou cuja cumulação seja vedada por lei (art. 124 da Lei 8.213/1991 e art. 20, § 4º, da Lei 8.742/1993), considerando, em especial, o benefício assistencial que a parte autora se encontra percebendo.

Determino, por derradeiro, a majoração da verba honorária em 2% (dois por cento) a título de sucumbência recursal, nos termos do §11 do artigo 85 do CPC/2015.

Ante o exposto, não conheço da remessa oficial e nego provimento à apelação do INSS, nos termos ora consignados.

É o voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0001592-06.2018.4.03.9999
(2018.03.99.001592-2)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARTHA REGINA DA SILVA
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PIRAJU - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: Ap 2288925
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/04/2018

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - PREVIDENCIÁRIO - REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA - AUXÍLIO-DOENÇA - REQUISITOS - PREENCHIMENTO - DESCONTO DAS PARCELAS VENCIDAS DE PERÍODO EM QUE HAJA CONCOMITÂNCIA DE PERCEPÇÃO DE REMUNERAÇÃO SALARIAL E BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE - TERMO FINAL DO BENEFÍCIO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - IMPLANTAÇÃO IMEDIATA DO BENEFÍCIO.

I- Aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe: A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

II- Irreparável a r. sentença monocrática no que tange à concessão do benefício de auxílio-doença, vez que constatada a incapacidade temporária da autora para o trabalho, vez que portadora de moléstia mental, revelando-se indevido o indeferimento da benesse pela autarquia, o que se constata pela conclusão pericial em cotejo com a documentação médica juntada aos autos, restando, ainda, preenchidos os requisitos concernentes ao cumprimento da carência para a concessão do benefício por incapacidade, bem como de manutenção de sua qualidade de segurada.

III- O fato de a autora contar com vínculo de emprego, posteriormente ao requerimento para concessão da benesse, não desabona sua pretensão, ante a constatação pelo perito de sua efetiva incapacidade e tendo em vista a necessidade de sobrevivência da pessoa, que muitas vezes se vê premida a manter seu registro de emprego, sem condições para tanto, subtraído, ainda, o benefício por incapacidade.

IV- Todavia, devem ser descontados os dias em que a autora efetivamente trabalhou durante o período da benesse.

V- Mantido o termo inicial do benefício na forma da sentença, ou seja, a contar da data do requerimento administrativo (21.05.2015), incidindo até seis meses a partir da data do presente julgamento (17.04.2018), podendo a autora, antes do final do prazo, agendar perícia junto ao INSS para eventual prorrogação do benefício.

VI- Ante o parcial provimento do recurso do réu, conforme previsto no art. 85, § 11, do CPC, mantidos os honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor das prestações vencidas até a data da sentença.

VII- Determinada a implantação imediata do benefício de auxílio-doença com data de início - DIB em 25.11.2013, e renda mensal inicial - RMI a ser calculada pelo INSS, tendo em vista o "caput" do artigo 497 do CPC.

VIII- Remessa Oficial tida por interposta e Apelação do réu parcialmente 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 parcial provimento à remessa oficial tida por interposta e à apelação do réu, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de abril 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 procedente o pedido em ação previdenciária para condenar o réu a conceder à autora o benefício de auxílio-doença, a partir da data do requerimento administrativo (21.05.2015). Sobre as prestações atrasadas deverá incidir correção monetária, pelo IPCA-E e juros de mora, desde a citação, consoante Lei nº 11.960/09. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre as prestações vencidas até a data da sentença. Sem condenação em custas processuais.

O réu recorre, aduzindo não restarem preenchidos os requisitos para a concessão da benesse, posto que a autora estaria exercendo atividade remunerada, ou, ao menos, para que seja determinada a exclusão do pagamento dos atrasados relativamente ao período em que houve atividade remunerada registrada no CNIS.

Contrarrazões da parte autora.

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 do réu.

Da remessa oficial tida por interposta

Aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe:

> A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Do mérito

Os benefícios pleiteados pela autora, nascida em 14.10.1969, estão previstos nos arts. 42 e 59 da Lei 8.213/91 que dispõem:

> A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

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

O laudo pericial, elaborado em 23.05.2016 (fl. 61/69), atesta que a autora (46 anos de idade, funcionária pública municipal - auxiliar de serviços gerais) é portadora de alterações neuropsiquiátricas com distúrbios afetivos emocionais, desorientada, com déficit no juízo crítico, hipopragmática devido a quadro de transtorno de personalidade, sofrendo diversas internações psiquiátricas, estando incapacitada de forma total e temporária para o trabalho.

Colhe-se dos autos (fl 17) e dados do Cadastro Nacional de Informações Sociais, anexos, que a autora esteve filiada à Previdência Social desde 1989, contando com vínculos em períodos interpolados, constando seu último vínculo no período de 13.09.2007, ativo atualmente, junto ao Município de Piraju. Recebeu o benefício de auxílio-doença nos períodos de 19.01.2013 a 06.10.2014 e 29.01.2015 a 29.04.2015. Requereu a prorrogação do benefício em 21.05.2015, cujo pedido foi indeferido pela autarquia, sob o fundamento de ausência de incapacidade, ensejando o ajuizamento da presente ação em 30.08.2015. Restam preenchidos, portanto, os requisitos concernentes ao cumprimento da carência para a concessão do benefício por incapacidade, bem como de manutenção de sua qualidade de segurada.

Entendo que é irreparável a r. sentença monocrática no que tange à concessão do benefício de auxílio-doença, vez que constatada a incapacidade temporária da autora para o trabalho, vez que portadora de moléstia mental, revelando-se indevido o indeferimento da benesse pela autarquia, o que se constata pela conclusão pericial em cotejo com a documentação médica juntada aos autos (fl. 10/14).

Saliento que o fato de a autora contar com vínculo de emprego, posteriormente ao requerimento para concessão da benesse, não desabona sua pretensão, ante a constatação pelo perito de sua efetiva incapacidade e tendo em vista a necessidade de sobrevivência da pessoa, que muitas vezes se vê premida a manter seu registro de emprego, sem condições para tanto, subtraído, ainda, o benefício por incapacidade.

Todavia, devem ser descontados os dias em que a autora efetivamente trabalhou durante o período da benesse.

Mantido o termo inicial do benefício na forma da sentença, ou seja, a contar da data do requerimento administrativo (21.05.2015 - fl. 17), incidindo até seis meses a partir da data do presente julgamento (17.04.2018), tendo em vista o item 3, fl. 66, do laudo pericial, podendo a autora, antes do final do prazo, agendar perícia junto ao INSS para eventual prorrogação do benefício. Devem ser descontados, das parcelas vencidas, os dias em que a autora efetivamente trabalhou durante o período da benesse, quando da liquidação da sentença.

Os juros de mora de mora e a correção monetária deverão ser calculados pela lei de regência.

Ante o parcial provimento do recurso do réu, conforme previsto no art. 85, § 11, do CPC, mantidos os honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor das prestações vencidas até a data da sentença.

Diante do exposto, *dou parcial provimento à remessa oficial tida por interposta e à apelação do réu*, para esclarecer que deverão ser descontados das parcelas vencidas, os dias em que haja concomitância de percepção de remuneração salarial e o benefício por incapacidade e *dou parcial provimento à remessa oficial tida por interposta* para fixar o termo final do benefício em 17.10.2018.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, expeça-se e-mail ao INSS, instruído com os devidos documentos da parte autora *Martha Regina da Silva*, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja implantado o benefício de auxílio-doença, *com data de início - DIB em 21.05.2015 e termo final em 17.10.2018*, com renda mensal inicial - RMI a ser calculada pelo INSS, tendo em vista o "caput" do artigo 497 do CPC.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0002329-09.2018.4.03.9999
(2018.03.99.002329-3)

Apelante: APARECIDA ANGELICA RESENDE CLAUDINO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PEDREGULHO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI
Classe do Processo: Ap 2290326
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/04/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. INCAPACIDADE PREEXISTENTE À REFILIAÇÃO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS.
- Pedido de concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.
- Documentos médicos informam a internação da parte autora, em 24/08/2013, com diagnóstico de infarto agudo do miocárdio.
- Extrato do CNIS informa vínculos empregatícios, em nome da autora, nos períodos de 23/06/1988 a 22/03/1989 e de 16/08/1999 a 11/09/1999. Extrato do SARCI - Sistema de Recolhimento do Contribuinte Individual - informa o recolhimento de contribuições previdenciárias, de 08/2013 a 04/2014. Observa-se, ainda, que a contribuição referente à competência de 08/2013 foi paga em 02/09/2013.
- A parte autora, do lar, contando atualmente com 47 anos de idade, submeteu-se à perícia médica judicial.
- O laudo, elaborado em 08/2015, atesta que a parte autora apresenta transtorno de coluna vertebral, com presença de hérnia de disco; sequelas de infarto agudo do miocárdio; transtorno depressivo e bronquite crônica enfisematosa leve. Há incapacidade total e permanente para o exercício de qualquer atividade que demande esforço físico. A incapacidade teve início há aproximadamente dois anos.
- Verifica-se dos documentos apresentados que a parte autora esteve vinculada ao Regime Geral de Previdência Social por mais de 12 (doze) meses. Manteve vínculo empregatício até 11/09/1999, ficou por longo período sem contribuir e voltou a filiar-se em 08/2013, recolhendo contribuições até 04/2014.
- Entretanto, o conjunto probatório revela o surgimento das enfermidades incapacitantes, desde antes do seu reingresso ao sistema previdenciário.
- Neste caso, o perito judicial atesta o início da incapacidade em 08/2013, quando a parte autora sofreu o infarto agudo do miocárdio.
- Desse modo, verifica-se que a parte autora já se encontrava incapacitada quando passou a recolher contribuições previdenciárias.
- Portanto, é possível concluir que a incapacidade já existia antes mesmo da sua refiliação junto à Previdência Social e, ainda, não restou demonstrado que o quadro apresentado progrediu ou agravou-se, após seu reingresso no RGPS, o que afasta a concessão dos benefícios pleiteados, nos termos dos artigos 42, § 2º, e 59, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91.

- Dessa forma, impossível o deferimento do pleito.
- 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, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de março 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, com tutela antecipada.

A sentença julgou improcedente o pedido, ao argumento de que a parte autora reingressou à Previdência Social quando já se encontrava incapaz para o trabalho.

Inconformada, apela a parte autora, sustentando, em síntese, que faz jus aos benefícios pleiteados, pois a incapacidade decorre de agravamento das patologias. Reitera o pedido de tutela antecipada.

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 questão da tutela 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.

Documentos médicos informam a internação da parte autora, em 24/08/2013, com diagnóstico de infarto agudo do miocárdio.

Extrato do CNIS informa vínculos empregatícios, em nome da autora, nos períodos de 23/06/1988 a 22/03/1989 e de 16/08/1999 a 11/09/1999.

Extrato do SARCI - Sistema de Recolhimento do Contribuinte Individual - informa o recolhimento de contribuições previdenciárias, de 08/2013 a 04/2014. Observa-se, ainda, que a contribuição referente à competência de 08/2013 foi paga em 02/09/2013.

A parte autora, do lar, contando atualmente com 47 anos de idade, submeteu-se à perícia médica judicial.

O laudo, elaborado em 08/2015, atesta que a parte autora apresenta transtorno de coluna vertebral, com presença de hérnia de disco; sequelas de infarto agudo do miocárdio; transtorno depressivo e bronquite crônica enfisematosa leve. Há incapacidade total e permanente para o exercício de qualquer atividade que demande esforço físico. A incapacidade teve início há aproximadamente dois anos.

Verifica-se dos documentos apresentados que a parte autora esteve vinculada ao Regime Geral de Previdência Social por mais de 12 (doze) meses. Manteve vínculo empregatício até 11/09/1999, ficou por longo período sem contribuir e voltou a filiar-se em 08/2013, recolhendo contribuições até 04/2014.

Entretanto, o conjunto probatório revela o surgimento das enfermidades incapacitantes, desde antes do seu reingresso ao sistema previdenciário.

Neste caso, o perito judicial atesta o início da incapacidade em 08/2013, quando a parte autora sofreu o infarto agudo do miocárdio.

Desse modo, verifica-se que a parte autora já se encontrava incapacitada quando passou a recolher contribuições previdenciárias.

Portanto, é possível concluir que a incapacidade já existia antes mesmo da sua refiliação junto à Previdência Social e, ainda, não restou demonstrado que o quadro apresentado progrediu ou agravou-se, após seu reingresso no RGPS, o que afasta a concessão dos benefícios pleiteados, nos termos dos artigos 42, § 2º, e 59, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91.

Logo, a sentença deve ser mantida, nos termos do entendimento jurisprudencial pacificado, *verbis*:

> *PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ART. 42, CAPUT E §2º DA LEI Nº 8.213/91. DOENÇA PREEXISTENTE. BENEFÍCIO INDEVIDO.*
> 1. Não se legitima o reexame necessário, no presente caso, uma vez que o valor da condenação não excede o limite de 60 (sessenta) salários mínimos, estabelecido pelo § 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil, acrescido pela Lei nº 10.352/2001.
> 2. A doença preexistente à filiação do segurado ao Regime Geral da Previdência Social retira-lhe o direito a percepção do benefício da aposentadoria por invalidez, quando se verifica que a incapacidade não sobreveio por motivo de agravamento ou de progressão dessa doença. Não preenchida pela parte autora a ressalva da parte final do artigo 42, § 2º da Lei nº 8.213/91, é indevida a concessão da aposentadoria por invalidez.
> 3. Resta a autora pleitear o benefício a autora pleitear o benefício assistencial da prestação continuada, nos termos do artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, ao invés de aposentadoria por invalidez, desde que satisfaça os requisitos legais daquele, o que não pode ser analisado neste processo por ofensa ao artigo 460 do Código de Processo Civil, uma vez que

> o conhecimento em sede recursal, importaria supressão de instância.
> 4. Reexame necessário não conhecido. Apelação do INSS provida. Recurso adesivo prejudicado. (TRF 3a. Região - Apelação Cível - 529768 - Órgão Julgador: Décima Turma, DJ Data: 28/05/2004 Página: 629 - Rel. Juiz GALVÃO MIRANDA).

Dessa forma, impossível o deferimento do pleito.

Dispensável a análise dos demais requisitos, já que a ausência de apenas um deles impede a concessão dos benefícios pretendidos.

Prejudicado o pedido de tutela antecipada, ante a manutenção de improcedência da demanda.

Pelas razões expostas, nego provimento à apelação.

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

Direito Processual Civil



AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL
0022545-40.2008.4.03.9999
(2008.03.99.022545-5)

Agravantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 274/275v
Apelante: MARIA EUNICE ALVES GOMES
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Classe do Processo: Ap 1310275
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/04/2018

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. JUROS DE MORA. RE 579.431. C. STF. JUÍZO DE RETRATAÇÃO POSITIVO. MULTA. ARTIGO 1.021, § 4º, DO CPC. NÃO CABIMENTO. ORIENTAÇÃO DO EG. STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.
- O recorrente não apresenta qualquer subsídio capaz de viabilizar a alteração dos fundamentos da decisão hostilizada, persistindo, destarte, imaculados e impassíveis os argumentos nos quais o entendimento foi firmado.
- O Colendo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 579.431-RS, em sessão Plenária do dia 19/04/2017, assim decidiu: "JUROS DA MORA - FAZENDA PÚBLICA - DÍVIDA - REQUISIÇÃO OU PRECATÓRIO. Incidem juros da mora entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório."
- As decisões tomadas pelo C. STF são de observância imediata, independentemente de trânsito em julgado. (Reclamação 18.412 - DF. Relator Min. Roberto Barroso. STF).
- Incabível, na espécie, a multa prevista no § 4º, do artigo 1.021, do CPC, conforme orientação do Eg. STJ.
- Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 03 de abril de 2018.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Trata-se de agravo interno, interposto pelo INSS, contra decisão monocrática de fls. 274/275vº, proferida em juízo de retratação positivo (artigo 1.040, II, do CPC), considerando o julgamento do RE 579.431, pelo C. STF.

Sustenta a Autarquia, em síntese, a necessidade de interposição do presente recurso para esgotamento da instância, sem caráter protelatório. Alega que de fato, o C. STF, no julgamento do RE 579.431, fixou a tese de incidência dos juros de mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório. Alega, também, que em face do referido julgado do C. STF foram opostos embargos de declaração, e, considerando o efeito integrativo do mesmo, deve-se aplicar o artigo 1035, § 5º, do CPC, o qual determina a suspensão de todos os processos pendentes que versem sobre a matéria. Sustenta, ainda, que o julgamento do RE 579.431 não pode ser aplicado imediatamente, haja vista a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão, devendo-se aguardar a publicação do acórdão integrador. Requer o conhecimento e o acolhimento do presente agravo interno.

Intimada, nos termos do artigo 1.021, § 2º, do CPC, a autora/exequente apresentou contrarrazões ao recurso, pugnando pelo desprovimento do recurso. Alega que a matéria é pacífica inclusive nesta corte. Requer a aplicação da multa prevista no § 4º, do artigo 1.021, do CPC.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Trata-se de agravo interno, interposto pelo INSS, contra decisão monocrática proferida em juízo de retratação positivo (artigo 1.040, II, do CPC), considerando o julgamento do RE 579.431, pelo C. STF.

Com efeito, o recorrente não apresenta qualquer subsídio capaz de viabilizar a alteração dos fundamentos da decisão hostilizada, persistindo, destarte, imaculados e impassíveis os argumentos nos quais o entendimento foi firmado.

O recurso é de ser improvido.

Conforme já pacificado pelo Colendo S.T.F. por meio da Súmula Vinculante n. 17, os juros de mora não têm incidência durante o período de tramitação do precatório:

> Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos.

Quanto ao período anterior compreendido entre a data do cálculo de liquidação e a data da expedição do ofício requisitório/precatório, o Colendo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do R.Ext. 579.431-RS, em sessão Plenária do dia 19/04/2017, cujo v. acórdão foi publicado, em 30/06/2017, assim decidiu:

> JUROS DA MORA - FAZENDA PÚBLICA - DÍVIDA - REQUISIÇÃO OU PRECATÓRIO. Incidem juros da mora entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório.

Acresce relevar que o precedente do C. STF que resolve a existência da repercussão geral de determinada questão de direito é de obrigatória observância pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Luiz Guilherme Marinoni (Precedentes obrigatórios, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 472), "(...) não há como conciliar a técnica de seleção de casos com a ausência de efeito vinculante, já que isso seria o mesmo que supor que a Suprema Corte se prestaria a

selecionar questões constitucionais pela relevância e transcendência e, ainda assim, permitir que estas pudessem ser tratadas de modo diferente pelos diversos juízos inferiores".

As decisões tomadas pelo C. STF são de observância imediata, independentemente de trânsito em julgado. (Reclamação 18.412- DF. Relator Min. Roberto Barroso. STF).

Outrossim, deixo de aplicar a multa prevista no § 4º, do artigo 1.021, do CPC, requerida pelo autor/agravante. Vejamos:

O artigo 1.021, § 4º, assim dispõe:

> Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.
> (...)
> § 4º Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa.

A orientação do Eg. STJ, é no sentido de que a aplicação da multa prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015 "não é automática, não se tratando de mera decorrência lógica do não provimento do agravo interno em votação unânime. A condenação do agravante ao pagamento da aludida multa, a ser analisada em cada caso concreto, em decisão fundamentada, pressupõe que o agravo interno mostre-se manifestamente inadmissível ou que sua improcedência seja de tal forma evidente que a simples interposição do recurso possa ser tida, de plano, como abusiva ou protelatória (...)". (AgInt nos EREsp 1120356/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/08/2016, DJe 29/08/2016.

E, ainda, recente julgado do Eg. STJ:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. OMISSÃO CONFIGURADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.
> I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.
> II - A Corte de origem não apreciou todas as questões relevantes, oportunamente suscitadas e que, se acolhidas, poderiam levar o julgamento a um resultado diverso do proclamado. Omissão configurada.
> III - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.
> IV - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.
> V - agravo Interno improvido.
> (AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.684.225 - RJ (2017/0166360-8) RELATORA: MINISTRA REGINA HELENA COSTA AGRAVANTE: ESMALE ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL DE SAÚDE LTDA ADVOGADOS: JOSÉ AREIAS BULHÕES - AL000789 THAIS MALTA BULHÕES - AL006097 SÉRGIO DE FIGUEIREDO - AL011045 ALLAN ANDRADE CHAGAS E OUTRO(S) - RJ182490 AGRAVADO: AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. DJE 06/12/2017).

Assim considerando, mantenho a r. decisão recorrida, pois inexiste ilegalidade ou abuso de poder na decisão questionada que justifique sua reforma.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO* interposto pelo INSS, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0003384-52.2014.4.03.6113
(2014.61.13.003384-4)

Apelante: MINERVA S/A
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE FRANCA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
Classe do Processo: Ap 359761
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/05/2018

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. LEI 11.457/07. EXCESSO DE PRAZO. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE PAGAMENTO IMEDIATO DOS CRÉDITOS APURADOS ADMINISTRATIVAMENTE. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MULTA. ARTIGO 538 DO CPC/73. INTUITO PROTELATÓRIO NÃO CONFIGURADO.

1. A Administração Pública deve pautar-se pelos princípios elencados no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, dentre eles o da eficiência, sendo aquele que *impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros*, segundo lição de Hely Lopes Meirelles, citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *in* Direito Administrativo, Editora Atlas, 11ª edição, página 83. Referido princípio concretiza-se também pelo cumprimento de prazos legalmente determinados. Ainda que se alegue a existência de volume muito grande de processos no âmbito administrativo, o particular não pode ser prejudicado pela ausência de mecanismos suficientes para o cumprimento dos prazos atribuídos ao Poder Público.

2. No presente caso a própria autoridade impetrada informou que a Receita Federal iria realizar diligência apenas no ano de 2015, muito embora os pedidos de ressarcimento remontem ao ano de 2013.

3. Sentença mantida, porquanto em consonância com o entendimento firmado em sede de representativo de controvérsia julgado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.138.206/RS.

4. Não procede o pleito para o pagamento imediato do valor objeto do pedido de ressarcimento, com correção monetária, pois, na hipótese em tela, não cabe a este Juízo antecipar o próprio objeto do pleito administrativo.

5. Cumprida a sentença com a conclusão do pedido de restituição se houver o reconhecimento dos créditos, a restituição obedecerá procedimento próprio da Administração. Precedentes.

6. Merece acolhida a insurgência contra a multa de 1,0% sobre o valor da causa, imposta nos termos do artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973. Analisando o teor dos embargos de declaração, não vislumbro a ocorrência de conduta desleal, tampouco o intuito de prejudicar o andamento do processo, até porque alegado suposto fato novo à fl. 305. Para que referida penalidade fosse cabível, deveria estar

evidenciada a má-fé da parte, fato não demonstrado na hipótese dos autos. Precedente. 7. Apelação parcialmente provida para afastar a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC/73 e remessa oficial desprovida.

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 parcial provimento à apelação e negar provimento à remessa oficial tida por interposta, nos termos do voto do Desembargador Federal Mairan Maia (Relator).

São Paulo, 02 de maio de 2018.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator):

Recebi os autos em conclusão em 06/03/2018.

Cuida-se de apelação e remessa oficial tida por interposta à sentença de parcial provimento, em mandado de segurança impetrado para que seja determinada a conclusão de pedidos administrativos de ressarcimento de créditos relativos ao PIS e COFINS, considerando que foram protocolados em lapso superior a 360 dias.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, determinando ao Delegado da Receita Federal de Franca a conclusão do pedido de restituição, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (mil reais).

Às fls. 198/205, foram opostos embargos de declaração, rejeitados às fls. 207/207v.

Às fls. 301/308 foram opostos novos embargos de declaração, sendo a impetrante condenada por litigância de má-fé ao pagamento de multa na importância de 1% (um por cento) do valor da causa (art. 538, parágrafo único, do CPC/73).

Apelou a impetrante alegando, em suma, não ser cabível multa por litigância de má-fé, pois ausente manifesto caráter protelatório dos embargos de declaração.

No mérito, requer parcial reforma da sentença, pois "a análise é apenas uma etapa do procedimento do ressarcimento, sendo que este realmente se conclui com a devolução do dinheiro, ou seja, esse reconhecimento isolado não realiza o direito, apenas afirma qual sujeito da relação jurídica é seu detentor" (fl. 324).

Prossegue, ainda, defendendo que é "... de rigor a reforma parcial da r. sentença para que fique consignado que a conclusão dos procedimentos administrativos de ressarcimento intrinsicamente se dá com o efetivo pagamento, ou quando menos, com a ordem de sua efetivação" (fl. 325).

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

Às fls. 344/349 a impetrante postulou pela antecipação dos efeitos da tutela recursal, com base no artigo 558 do Código de Processo Civil de 1973.

O Ministério Público Federal opinou pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator):

Inicialmente, considero prejudicado o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal (fls. 344/349), ante o julgamento do presente recurso.

Ainda, embora a sentença não tenha sido submetida ao duplo grau obrigatório, conheço da matéria também por este prisma, por força da disposição contida no art. 14, §1º, da Lei nº 12.016/09.

Passo ao exame do mérito.

A Administração Pública deve pautar-se pelos princípios elencados no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, dentre eles o da eficiência, sendo aquele que *impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros*, segundo lição de Hely Lopes Meirelles, citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *in* Direito Administrativo, Editora Atlas, 11ª edição, página 83.

Referido princípio concretiza-se também pelo cumprimento de prazos legalmente determinados.

Ainda que se alegue a existência de volume muito grande de processos no âmbito administrativo, o particular não pode ser prejudicado pela ausência de mecanismos suficientes para o cumprimento dos prazos atribuídos ao Poder Público.

Não desconhece este relator as limitações de ordem material suportadas pela autoridade impetrada, as quais são comungadas com outros braços da Administração Pública e outros poderes, inclusive o Judiciário.

No entanto, diante do caso concreto que ultrapasse o limite razoável, não poderá este último se negar a atender aos pleitos que lhe forem invocados, até mesmo em respeito ao princípio da inafastabilidade da Jurisdição.

A sentença concedeu parcialmente a segurança, uma vez que no presente caso a própria autoridade impetrada informou que a Receita Federal iria realizar diligência apenas no ano de 2015, muito embora os pedidos de ressarcimento remontem ao ano de 2013.

Merece ser mantida a sentença, porquanto em consonância com o entendimento firmado em sede de representativo de controvérsia julgado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.138.206/RS, de relatoria do Ministro Luiz Fux, cuja ementa transcrevo *in verbis*:

> TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI 9.784/99. IMPOSSIBILIDADE. NORMA GERAL. LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO 70.235/72. ART. 24 DA LEI 11.457/07. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.
> 1. A duração razoável dos processos foi erigida como cláusula pétrea e direito fundamental pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que acresceu ao art. 5º, o inciso LXXVIII, *in verbis*: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

2. A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade. (Precedentes: MS 13.584/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 26/06/2009; REsp 1091042/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009; MS 13.545/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 29/10/2008, DJe 07/11/2008; REsp 690.819/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 19/12/2005)
3. O processo administrativo tributário encontra-se regulado pelo Decreto 70.235/72 - Lei do Processo Administrativo Fiscal -, o que afasta a aplicação da Lei 9.784/99, ainda que ausente, na lei específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte.
4. *Ad argumentandum tantum*, dadas as peculiaridades da seara fiscal, quiçá fosse possível a aplicação analógica em matéria tributária, caberia incidir à espécie o próprio Decreto 70.235/72, cujo art. 7º, § 2º, mais se aproxima do *thema judicandum, in verbis*: "Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001) I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;
II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros;
III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada.
§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.
§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos."
5. A Lei nº11.457/07, com o escopo de suprir a lacuna legislativa existente, em seu art. 24, preceituou a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo dos pedidos, litteris: "Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte."
6. Deveras, ostentando o referido dispositivo legal natureza processual fiscal, há de ser aplicado imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes.
7. Destarte, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07).
8. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.
9. Recurso especial parcialmente provido, para determinar a obediência ao prazo de 360 dias para conclusão do procedimento sub judice. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.
(REsp 1138206/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/08/2010, DJe 01/09/2010)

Outrossim, não procede o pleito para o pagamento imediato do valor objeto do pedido de ressarcimento, pois, na hipótese em tela, não cabe ao Poder Judiciário antecipar o próprio objeto do pleito administrativo.

Com efeito, cumprida a sentença com a conclusão do pedido de restituição, se houver o reconhecimento dos créditos, a restituição obedecerá procedimento próprio da Administração.

Nesse sentido já se manifestaram a Terceira e a Quarta Turma deste Tribunal:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. LEI 11.457/07. EXCESSO DE PRAZO. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE PAGAMENTO IMEDIATO DOS CRÉDITOS APURADOS ADMINISTRATIVAMENTE. IMPOSSIBILIDADE.
> 1. A EC 45/04 acresceu o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Lei Maior, dispondo que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Movido por tal garantia constitucional, foi editada a Lei 11.457/07, acerca da qual se consolidou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de impor à Administração, nos pedidos de restituição, a análise dos feitos no prazo previsto pelo respectivo artigo 24: "é obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte".
> 2. Na espécie, consta dos autos que o requerimento administrativo foi protocolado em 03/07/2014, sendo impetrado o presente mandado de segurança em 18/01/2016, com liminar parcialmente concedida para análise do pedido administrativo em 60 (sessenta) dias, em 29/02/2016. Em suas informações, a autoridade coatora requereu a prorrogação do prazo por mais 30 (trinta) dias, revelando, pois, a procedência parcial do pedido, tal como reconhecido pelo Juízo a quo.
> 3. *Não procede o pleito para o pagamento imediato do valor objeto do pedido de ressarcimento, com correção monetária, pois, na hipótese em tela, não cabe a este Juízo antecipar o próprio objeto do pleito administrativo.*
> *4. Cumprida a sentença com a conclusão do pedido de restituição se houver o reconhecimento dos créditos, a restituição obedecerá procedimento próprio da Administração.*
> 5. Apelação e remessa oficial desprovidas.
> (AMS 00009462420164036100, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/02/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) - grifei.

> TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRAZO PARA PROCESSO ADMINISTRATIVO. ART. 24 DA LEI N. 11.457/07. PRAZO DE 360 DIAS PARA PETIÇÕES E DEFESAS. AUSÊNCIA DE DECURSO DE PRAZO. RECURSO NÃO PROVIDO
> - No que se refere a pedidos de ressarcimento ou restituição de créditos, aplicável os ditames da Lei n. 11.457/2007, que dispõe sobre a Administração Tributária Federal e prevê o prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias para prolação de decisões administrativas, descabendo falar no prazo assinalado pela Lei n. 9.784/1999, que cuida do processo administrativo federal em caráter geral.
> - Nesse sentido, a lição de Leandro Paulsen:Prazo legal para decisão. 360 dias. O prazo para que o Fisco se manifeste em processos administrativos relativos a pedidos de ressarcimento e para que decida acerca de impugnações ou recursos interpostos pelo contribuinte é de 360 dias, conforme a Lei 11.457, de 16 de março de 2007: "Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte". (Direito Tributário. 10ª edição. Porto Alegre, 2008, p. 1022)
> - Infere-se que o regramento supra se coaduna à garantia constitucional prevista no inciso LXXVIII do artigo 5º, segundo a qual, "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são asseguradas a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação", não se vislumbrando, ademais, ilegalidade ou falta de razoabilidade quanto ao prazo delimitado, sobretudo em razão do excessivo número de processos que tramitam na via administrativa.
> - Com efeito, a Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do

REsp 1.138.206/RS, representativo da controvérsia, e submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, pacificou entendimento no sentido de que a norma do artigo 24 da Lei nº 11.457/07 ostenta natureza processual fiscal e deve ser aplicada de imediato aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes, sendo inadmissível que a Administração Pública postergue a solução dos processos administrativos.
- O documento apresentado a fls. 112 demonstra que o pedido de ressarcimento n. 42425.65034.040515.1.2.02-1077 foi analisado pela RFB. *No tocante ao prazo de efetiva restituição, necessário salientar que o prazo constante dos ditames da Lei n. 11.457/2007 aplica-se à prolação de decisões administrativas, não existindo no art. 24 determinação de prazo para o pagamento.*
- Ademais, não há, no caso, como reconhecer o pedido de disponibilização imediata dos valores, vez que a Receita Federal possui uma dinâmica de trabalho, baseada em datas de protocolos, que não pode ser alterada pelo judiciário sem que exista alguma ilegalidade/ irregularidade no procedimento ou motivo de força maior.
- Recurso não provido.
(AI 00189239320164030000, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/11/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) - grifei.

Por fim, merece acolhida a insurgência contra a multa de 1,0% sobre o valor da causa, imposta nos termos do artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973.

Com efeito, analisando o teor dos embargos de declaração, não vislumbro a ocorrência de conduta desleal, tampouco o intuito de prejudicar o andamento do processo, até porque alegado suposto fato novo à fl. 305. Para que referida penalidade fosse cabível, deveria estar evidenciada a má-fé da parte, fato não demonstrado na hipótese dos autos.

Nesse sentido é a palavra do C. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTUITO PROTELATÓRIO. MULTA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. AFASTAMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.
1- Sem que esteja evidenciado o comportamento justificador das cominações, devem ser afastadas as imposições das sanções dos artigos 18 e 538, parágrafo único, do estatuto processual civil.
2- Tendo o colegiado de origem consignado que houve sucumbência recíproca, nos termos do artigo 21 do Código de Processo Civil, o exame das questões postas no recurso implicaria revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento inadmissível em âmbito de especial, nos termos da Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça.
3- Recurso especial parcialmente provido.
(REsp 974505/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), data de julgamento 18/10/2007, DJU 05/11/2007, p. 371)

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, tão somente para afastar a multa prevista no art. 538, paragrafo único do CPC/73 e nego provimento à remessa oficial, tida por interposta.

É como voto.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0004402-57.2014.4.03.6130
(2014.61.30.004402-1)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: ADEMAR BARNABE BARBOSA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE OSASCO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS
Classe do Processo: Ap 2286313
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/04/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO RETIDO NÃO REITERADO. NÃO CONHECIMENTO. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA DECORRENTE DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO INDEVIDAMENTE RECEBIDO. NULIDADE. EXTINÇÃO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EXECUÇÃO E EMBARGOS DO DEVEDOR EXTINTOS. APELAÇÃO DESPROVIDA.
Afastada a alegação de intempestividade; malgrado a grande lapso temporal para intimação da Procuradoria - mais de um ano da prolação da sentença -, a interposição do recurso foi tempestiva, considerado o prazo legal de 15 dias úteis para apelar, devidamente computados em dobro.
A parte apelante não logrou reiterar o agravo retido na forma da lei em vigor à época, em face do quê deixa-se de conhecê-lo.
Execução fiscal para reaver valores recebidos a título de benefício previdenciário que o INSS teria quitado indevidamente.
Inadequada a via processual eleita para cobrança desses valores, pois a natureza do crédito não permite a sua caracterização como dívida ativa ante a ausência de amparo legal. Questão definitivamente solucionada ao âmbito dos Recursos Representativos da Controvérsia, art. 543-C, CPC, REsp 1350804/PR.
Nula a CDA, a execução fiscal foi corretamente extinta.
Condenada a parte embargada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre valor da causa em execução fiscal.
Agravo retido não conhecido. 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, não conhecer do agravo retido e negar provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de abril de 2018.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença que julgou procedentes embargos à execução opostos pela parte devedora e declarou nula a CDA, em sede de execução fiscal promovida pelo INSS.

Sustenta a parte recorrente que as normas alusivas à execução fiscal não trazem rol exaustivo das espécies de créditos a serem inscritos em dívida ativa, desse modo pugnando pela reforma da r. sentença sob pena de afronta a textos legais.

Intimada, a parte segurada apresentou as contrarrazões, nas quais sustenta a intempestividade do recurso de apelação.

A parte credora interpôs agravo retido anteriormente à prolação da sentença.

É O RELATÓRIO.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

DO AGRAVO RETIDO

A parte apelada não logrou reiterar o agravo retido na forma da lei em vigor à época, em face do quê deixo de conhecê-lo.

DA ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE

Sustenta a parte credora que o apelo do INSS foi ajuizado extemporameamente.

Ocorre que, malgrado a grande demora para a intimação pessoal da Procuradoria - mais de um ano da prolação da sentença -, a interposição do recurso foi tempestiva, considerado o prazo legal de 15 dias úteis para apelar, devidamente computados em dobro.

Nesse rumo, fica afastada a preliminar arguida.

DA EXECUÇÃO FISCAL

Buscou o INSS, por intermédio da execução fiscal em apenso, reaver valores recebidos a título de benefício previdenciário, pagos indevidamente.

Contudo, inadequada a via processual eleita para cobrança de referidos importes, tratando-se de questão definitivamente solucionada ao âmbito dos Recursos Representativos da Controvérsia, art. 543-C, CPC, REsp 1350804/PR:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, DO CPC). BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO INDEVIDAMENTE PAGO QUALIFICADO COMO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. ART. 154, §2º, DO DECRETO N. 3.048/99 QUE EXTRAPOLA O ART. 115, II, DA LEI N. 8.213/91. IMPOSSIBILIDADE DE INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA POR AUSÊNCIA DE LEI EXPRESSA. NÃO INCLUSÃO NO CONCEITO DE DÍVIDA ATIVA NÃO TRIBUTÁRIA. EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO PRÓPRIA.
> 1. Não cabe agravo regimental de decisão que afeta o recurso como representativo da controvérsia em razão de falta de previsão legal. Caso em que aplicável o princípio da taxatividade recursal, ausência do interesse em recorrer, e prejuízo do julgamento do agravo regimental em

> razão da inexorável apreciação do mérito do recurso especial do agravante pelo órgão colegiado.
> 2. À mingua de lei expressa, a inscrição em dívida ativa não é a forma de cobrança adequada para os valores indevidamente recebidos a título de benefício previdenciário previstos no art. 115, II, da Lei n. 8.213/91 que devem submeter-se a ação de cobrança por enriquecimento ilícito para apuração da responsabilidade civil. Precedentes: REsp.nº 867.718 - PR, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 18.12.2008; REsp.nº 440.540 - SC, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 6.11.2003; AgRg no AREsp. n. 225.034/BA, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 07.02.2013; AgRg no AREsp. 252.328/CE, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 18.12.2012; REsp. 132.2051/RO, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 23.10.2012; AgRg no AREsp 188047/AM, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 04.10.2012; AgRg no REsp.n. 800.405 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 01.12.2009.
> 3. Situação em que a Procuradoria-Geral Federal - PGF defende a possibilidade de inscrição em dívida ativa de benefício previdenciário indevidamente recebido por particular, qualificado na certidão de inscrição em divida ativa na hipótese prevista no art. 115, II, da Lei n. 8.213/91, que se refere a benefício pago além do devido, art. 154, §2º, do Decreto n. 3.048/99, que se refere à restituição de uma só vez nos casos de dolo, fraude ou má-fé, e artigos 876, 884 e 885, do CC/2002, que se referem a enriquecimento ilícito.
> 4. Não há na lei própria do INSS (Lei n. 8.213/91) dispositivo legal semelhante ao que consta do parágrafo único do art. 47, da Lei n. 8.112/90. Sendo assim, o art. 154, §4º, II, do Decreto n. 3.048/99 que determina a inscrição em dívida ativa de benefício previdenciário pago indevidamente não encontra amparo legal.
> 5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.
> (REsp 1350804/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 28/06/2013).

Nesse rumo, a natureza do crédito não permite sua caracterização como dívida ativa, ante a ausência de amparo legal, considerado que o montante cobrado compõe-se de rendas mensais de benefício previdenciário pagas pelo INSS.

Assim, nula a CDA em questão, devendo a execução fiscal ser extinta, nos termos do art. 267, IV e VI, e 598, CPC:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE -NULIDADE DA CDA - ART. 202, CTN - ART. 2º, § 2º, LEI 6.830/80 - DECADÊNCIA-TRIBUTO SUJEITO À LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - PRESCRIÇÃO - ART. 174, CTN - INOCORRÊNCIA - RECURSO IMPROVIDO
> ...
> 3. A nulidade formal e material da certidão de dívida ativa é matéria que o juiz pode conhecer de plano, sem necessidade de garantia da execução ou interposição dos embargos, sendo à exceção de pré-executividade via apropriada para tanto.
> ...
> (AI 00180919420154030000, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/12/2015)

Ainda que tenha havido a oposição de embargos do devedor, não há como superar a nulidade ora verificada, que pode ser conhecida de ofício, como feito na r. sentença censurada, dado que, como visto, a inscrição em dívida ativa não é a forma de cobrança adequada para os valores recebidos a título de benefício previdenciário.

A título ilustrativo, veja-se que, da simples leitura dos autos, extrai-se que se trata de débito de origem previdenciária, decorrente de ação de aposentadoria por tempo de contribuição.

Com fundamento no artigo 20, parágrafo 4º, do CPC/73, condeno a parte embargada ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) sobre valor da causa em execução fiscal.

Por fim, inaplicável, *in casu*, a regra do artigo 493 do NCPC para aplicar a Medida Provisória nº 780, de 19/5/2017, por implicar violação do princípio *tempus regit actum*, hospedada na LINDB.

DISPOSITIVO

POSTO ISSO, REJEITO A ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE, NÃO CONHEÇO DO AGRAVO RETIDO E NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO DO INSS.

É O VOTO.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0017494-04.2015.4.03.9999
(2015.03.99.017494-4)

Apelante: DORIVAL BERTOLI E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE MATÃO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ANA PEZARINI
Classe do Processo: Ap 2063088
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/04/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. OPÇÃO PELO BENEFÍCIO ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO DAS PARCELAS ATRASADAS DO BENEFÍCIO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DIREITO AUTÔNOMO DO ADVOGADO.
- Cinge-se a controvérsia à discussão sobre a possibilidade de opção do Embargado pelo benefício de aposentadoria por idade que lhe foi concedido administrativamente e prosseguir com a execução das parcelas atrasadas da aposentadoria por invalidez obtida judicialmente.
- Óbice do artigo 124, inciso II, da Lei n. 8.213/1991, que veda expressamente a percepção de mais de uma aposentadoria do RGPS.
- Ao se admitir tal pretensão, autorizar-se-ia a execução parcial do título, permitindo ao Embargado retirar dos dois benefícios o que melhor lhe aprouver, ou seja, atrasados do benefício da esfera judicial e renda mensal do benefício obtido na via administrativa, que pressupôs ausência de concessão anterior.
- A opção pelo benefício mais vantajoso implica renúncia ao benefício reconhecido judicialmente, a afastar quaisquer efeitos do julgado. Precedentes.
- Tal opção não afasta a pretensão do advogado ao recebimento dos honorários sucumbenciais fixados no título judicial, que constituem direito autônomo do causídico, consoante expressa disposição do artigo 23 da Lei n. 8.906/1994.
- Apelação do Embargante parcialmente provida. Apelo da parte Embargada improvido. Mantida a sucumbência recíproca.

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 parcial provimento à apelação do Embargante e negar provimento ao apelo da parte Embargada, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de abril de 2018.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

Trata-se de apelações interpostas pelas partes, em face da sentença que julgou parcialmente procedentes os Embargos à Execução do INSS, determinando a aplicação da Lei n. 11.960/2009 em relação aos juros moratórios incidentes sobre o valor executado. Fixada a sucumbência recíproca.

Requer a parte Embargada a reforma parcial da sentença quanto à aplicação dos juros moratórios e a condenação do Embargante em honorários sucumbenciais. Prequestiona a matéria para fins recursais (fls. 114/119).

Por sua vez, o Embargante visa à reforma do julgado para declarar que nada é devido, inclusive a título de honorários advocatícios, uma vez que o Embargado optou pelo benefício concedido na seara administrativa, sendo-lhe vedado, portanto, executar as parcelas atrasadas da benesse deferida judicialmente (fls. 128/132).

Somente a parte Embargada apresentou contrarrazões (fls. 164/166).

Em síntese, o relatório.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

A parte Embargada executa julgado oriundo da ação previdenciária que tramitou perante a 2ª Vara Cível da Comarca de Matão, na qual o Embargante foi condenado a lhe conceder o benefício de aposentadoria por invalidez a partir de 14/07/2003, data da cessação indevida do auxílio-doença. Apresenta cálculo atualizado para 10/2014, no valor total de R$ 7.065,80, sendo R$ 3.544,16 relativos às parcelas do benefício em atraso e R$ 3.521,64 a honorários advocatícios.

O Embargante alegou que nada seria devido à parte autora se optasse pela percepção do benefício de aposentadoria por idade, concedido na via administrativa, bem como excesso de execução, reconhecendo como devidos os valores de R$ 3.169,16 concernentes às parcelas em atraso e R$ 2.697,22 relativos aos honorários sucumbenciais, uma vez eleita a aposentadoria por invalidez deferida judicialmente.

Em sua impugnação a parte Embargada defendeu a higidez de suas contas, pugnando pela improcedência dos Embargos (fls. 80/102).

A sentença de fls. 103/110 julgou parcialmente procedentes os Embargos, determinando a aplicação da Lei n. 11.960/2009 em ralação aos juros de mora incidente sobre o valor executado, mantendo, no mais, os valores apresentados pela parte Embargada.

Por determinação do então Relator, os autos foram remetidos à contadoria deste Tribunal que apresentou informação e cálculos a fls. 178/182, acerca do que as partes foram instadas a se manifestar, quedando-se inertes (fl. 185).

Conforme se depreende da petição inaugural da fase executiva (fls. 170/171 dos autos em apenso), o Embargado pretende receber as parcelas do benefício deferido judicialmente, no período de 14/07/2003 (DIB da aposentadoria por invalidez) a 30/04/2007, pois passou a auferir aposentadoria por idade obtida no âmbito administrativo a partir de 01/05/2007.

Cinge-se a controvérsia, portanto, à discussão sobre a possibilidade de opção do Embargado pelo benefício de aposentadoria por idade (NB 41/140.915.851-6) que lhe foi concedido administrativamente e prosseguir com a execução das parcelas atrasadas da aposentadoria por invalidez obtida judicialmente.

Tenho entendimento no sentido de que, na hipótese de a parte autora já receber benefício previdenciário por força de ato administrativo, cuja cumulação seja vedada por lei, deverá optar por aquele que entender mais vantajoso - o atual benefício percebido ou o concedido judicialmente, sem mescla de efeitos financeiros, ou seja, elegendo o benefício outorgado em nível administrativo, sucederá a renúncia à aposentadoria concedida por meio de provimento jurisdicional, bem como aos respectivos valores atrasados. Por outro lado, caso opte pela aposentadoria deferida judicialmente, os valores já pagos, na via administrativa, deverão ser integralmente abatidos do débito.

Ora, ao se admitir a pretensão da parte embargada, autorizar-se-ia indevida execução parcial do título, em descompasso com a renúncia apresentada, permitindo-lhe retirar dos dois benefícios o que melhor lhe aprouver, ou seja, atrasados do benefício da esfera judicial e renda mensal do benefício obtido na via administrativa, que pressupôs ausência de concessão anterior.

Nesse sentido, precedentes desta 9ª Turma:

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. OPÇÃO PELO BENEFÍCIO CONCEDIDO ADMINISTRATIVAMENTE. DESAPOSENTAÇÃO EXPRESSA. VEDAÇÃO NO ART. 18, § 2º, DA LEI 8213/91. AUSÊNCIA DE VALORES A SEREM EXECUTADOS.
> 1. O art. 18, § 2º, da Lei 8213/91, estabelece que, 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 o salário-família e à reabilitação profissional.
> 2. *Admitir a execução de parcelas de aposentadoria por invalidez, concedida em 10/11/2009 (DIB), até a data da concessão de aposentadoria por idade, na via administrativa e, com manutenção deste último benefício equivale a admitir, na prática, a tese da desaposentação, o que encontra expressa vedação no parágrafo 2º do art. 18 da lei 8213/91.*
> 3. Fundamentação nos arts. 18 e 124 da Lei 8.213/91; art. 267, VI do CPC/1973 (atual art. 485, IV, do CPC/2015) e, art. 876, art. 884 do Código Civil, cc art. 195, § 5º e 201, § 7º da Constituição Federal.
> 4. Optando a exequente por continuar a receber a aposentadoria por idade concedida administrativamente, nada mais resta a ser executado a título de aposentadoria por invalidez concedida judicialmente.
> 5.Apelação do INSS provida. 6. Prejudicado o recurso adesivo da exequente. (destaquei)
> (AC 00141143620164039999, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, e-DJF3 Judicial 1 de 26/09/2016).

> PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. *OPÇÃO PELO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO, DEFERIDO NA VIA ADMINISTRATIVA. EXECUÇÃO DAS PARCELAS ATRASADAS DO BENEFÍCIO CONCEDIDO JUDICIALMENTE, COM DIB ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE.* PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO QUANTO AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE.
> 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 agravante faria jus ao recebimento da aposentadoria por invalidez, com DIB em 15.09.2004, e também às diferenças da concessão judicial da aposentadoria proporcional por tempo de serviço, com DIB em 15.12.1998, 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 - Remanesce o direito do advogado do exequente à execução de seus honorários. A renúncia à aposentadoria proporcional por tempo de serviço não deve reduzir ou extinguir a base de cálculo dos honorários advocatícios.
VI - Em razão do comando contido no título, não é possível descontar da base de cálculo dos honorários advocatícios os valores recebidos a título da aposentadoria por invalidez concedida posteriormente, conforme precedentes do STJ e deste Tribunal.
VII - Agravo de instrumento parcialmente provido. (destaquei)
(AI 00012549020174030000, Relator Juiz Federal Convocado Otavio Port, e-DJF3 Judicial 1 de 26/01/2018).

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO (ART. 557 DO CPC). BENEFICIO CONCEDIDO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. OPÇÃO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. POSSIBILILIDADE. RECEBIMENTO DE DIFERENÇAS DA VIA JUDICIAL, NA HIPÓTESE DE OPÇÃO PELO BENEFÍCIO CONCEDIDO POSTERIORMENTE NA ESFERA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.
1. O Sistema Previdenciário é regido pelo princípio da legalidade restrita, portanto, após a aposentação, o segurado não poderá utilizar os salários de contribuição para qualquer outra finalidade.
2. O segurado deve sopesar as vantagens e desvantagens no momento da aposentação. Não sendo possível utilizar regimes diversos, de forma híbrida.
3. Desta forma, uma vez feita a opção por benefício mais vantajoso na esfera administrativa, não há que se cogitar na possibilidade do recebimento de diferenças decorrentes da ação judicial.
4. Agravo provido.
(AC 00214728620154039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 18/03/2016).

Assim, tendo o Embargado optado pelo benefício conquistado na seara administrativa, nada lhe é devido a título de parcelas atrasadas da benesse que lhe foi deferida na via judicial.

Contudo, tal opção não afasta pretensão de seu advogado ao recebimento dos honorários sucumbenciais fixados no título judicial, que constituem direito autônomo do causídico, consoante expressa disposição do artigo 23 da Lei n. 8.906/1994 - Estatuto da Advocacia:

> Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

Nesse sentido os seguintes arestos deste Regional: Nona Turma - AC 0031466-07.2016.403.9999, Rel. Juiz Convocado Rodrigo Zacharias, v.u., e-DJF3 Judicial 1: 08/02/2018; Nona Turma - AI 0022420-18.2016.403.0000, Rel. Des. Fed. Gilberto Jordan, v.u., e-DJF3 Judicial 1: 10/07/2017; Sétima Turma - APELREEX 0006842-45.2012.403.6114, Rel. Des. Fed.

Fausto de Sanctis, v.u., e-DJF3 Judicial 1: 19/08/2016.

Assim, de rigor o acolhimento parcial dos cálculos elaborados pela Contadoria deste Tribunal que apurou o valor de R$ 3.547,94 a título de honorários advocatícios, posicionado para a competência 10/2014 (fls. 178/182).

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação do Embargante e nego provimento à apelação da parte Embargada, nos termos da fundamentação, mantida a sucumbência recíproca.

É como voto.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
0014698-30.2016.4.03.0000
(2016.03.00.014698-0)

Agravante: ARCOBRAS COML. E INCORPORADORA LTDA.
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Agravante: ARCOBRAS COML. E INCORPORADORA LTDA.
Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE EXECUÇÃO FISCAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR – VICE-PRESIDENTE
Classe do Processo: AI 586146
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/05/2018

EMENTA

AGRAVO INTERNO - DECISÃO DA VICE-PRESIDÊNCIA - NEGATIVA DE SEGUIMENTO A RECURSO EXCEPCIONAL - CORRESPONDÊNCIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A ORIENTAÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR - IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA - PENHORA VIA BACENJUD - DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS EM BUSCA DE BENS DO DEVEDOR. RECUSA DE BENS. POSSIBILIDADE.
1. Publicado o acórdão paradigma, os recursos excepcionais sobrestados na origem terão seguimento denegado na hipótese de haver correspondência entre o acórdão recorrido e a orientação do Tribunal Superior.
2. A Primeira Seção do STJ, no REsp 1.184.765/PA, submetido ao rito dos recursos repetitivos, firmou entendimento no sentido de que "A utilização do Sistema BACENJUD, no período posterior à *vacatio legis* da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras."
3. No repetitivo REsp 1.337.790/PR, a Corte Superior consolidou o entendimento que "Em princípio, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal. É dele o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC."
4. Mantida a decisão agravada porquanto a pretensão recursal destoa da orientação firmada no julgado representativo de controvérsia. Ressalte-se não ser cabível a rediscussão dos termos do acórdão paradigma, devendo o presidente ou o vice-presidente do Tribunal de origem verificar tão somente a adequação entre o julgado recorrido e o acórdão representativo de controvérsia.

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, *NEGAR PROVIMENTO* ao agravo interno, nos termos do voto do Desembargador Federal Vice-Presidente Nery Junior (Relator).

São Paulo, 25 de abril de 2018.
Desembargador Federal NERY JUNIOR - Vice-Presidente

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JUNIOR (Vice-Presidente):

Cuida-se de agravo interposto pelo *CONTRIBUINTE* contra decisão desta Vice Presidência em juízo de admissibilidade recursal.

Pugna pelo provimento deste agravo para viabilizar a admissão do recurso excepcional.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JUNIOR - Vice-Presidente

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JUNIOR (Vice-Presidente):

Primeiramente, impende esclarecer que a decisão que analisou a admissibilidade recursal foi mista. Negou seguimento ao recurso no tocante ao debate solucionado em julgamento sob a sistemática dos recursos repetitivos, bem como não admitiu nas demais questões. Contra essa decisão a recorrente manejou o agravo interno e o agravo nos próprios autos.

Dessa forma, o objeto do presente agravo, portanto, fica restrito às questões pertinentes à adequação do precedente repetitivo com a decisão colegiada desta Corte. Todas as demais questões serão apreciadas oportunamente pelo Superior Tribunal de Justiça em razão da interposição concomitante do agravo nos termos do art. 1.042 do NCPC.

Pois bem, no caso dos autos, o acórdão hostilizado consignou legítima a determinação de penhora de ativos financeiros via BACENJUD, bem como a possibilidade de recusa por parte da exequente de bens oferecidos em penhora pelo devedor.

No tocante ao BACENJUD, no *REsp 1.184.765/PA - tema 425* ficou consolidado o entendimento que:

> A utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à *vacatio legis* da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras.

Verifica-se, portanto a desnecessidade de esgotamento de diligências por parte da exequente em busca de bens do devedor, podendo desde logo ser deferida a penhora via BACENJUD. Consignado, assim a preferência do dinheiro, nos exatos termos da Lei.

De outra parte, foi pacificada no âmbito do STJ a possibilidade de recusa da exequente quando o bem ofertado não obedecer a ordem legal (art. 11 LEF), tanto no momento da nomeação de bem (art. 9º LEF), quanto da substituição (art. 15 LEF). Não bastando para afastar a quebra da ordem legal a mera alegação de que a medida fere o princípio da menor onerosidade, devendo a parte interessada comprovar tal fato nos autos.

Tal entendimento foi consignado pelo Tribunal Superior no julgamento do repetitivo *REsp 1.337.790/PR - tema 578*, firmando-se a tese que:

Em princípio, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal. É dele o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC.

PROCESSUAL CIVIL. *EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA*. PRECATÓRIO. *DIREITO DE RECUSA* DA FAZENDA PÚBLICA. ORDEM LEGAL. SÚMULA 406/STJ. ADOÇÃO DOS MESMOS FUNDAMENTOS DO RESP 1.090.898/SP (REPETITIVO), NO QUAL SE DISCUTIU A QUESTÃO DA *SUBSTITUIÇÃO DE BENS PENHORADOS*. PRECEDENTES DO STJ.
1. Cinge-se a controvérsia principal a definir se a parte executada, ainda que não apresente elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), possui direito subjetivo à aceitação do bem por ela nomeado à penhora em Execução Fiscal, em desacordo com a ordem estabelecida nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.
2. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a divergência, tal como lhe foi apresentada.
3. Merece acolhida o pleito pelo afastamento da multa nos termos do art. 538, parágrafo único, do CPC, uma vez que, na interposição dos Embargos de Declaração, a parte manifestou a finalidade de provocar o prequestionamento. Assim, aplica-se o disposto na Súmula 98/STJ: "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório".
4. *A Primeira Seção do STJ, em julgamento de recurso repetitivo, concluiu pela possibilidade de a Fazenda Pública recusar a substituição do bem penhorado* por precatório (REsp 1.090.898/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 31.8.2009). No mencionado precedente, encontra-se como fundamento decisório a necessidade de preservar a ordem legal conforme instituído nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.
5. *A mesma ratio decidendi tem lugar in casu, em que se discute a preservação da ordem legal no instante da nomeação à penhora.*
6. Na esteira da Súmula 406/STJ ("A Fazenda Pública pode recusar a substituição do bem penhorado por precatório"), a Fazenda Pública pode apresentar recusa ao oferecimento de precatório à penhora, além de afirmar a inexistência de preponderância, em abstrato, do princípio da menor onerosidade para o devedor sobre o da efetividade da tutela executiva. Exige-se, para a superação da ordem legal prevista no art. 655 do CPC, firme argumentação baseada em elementos do caso concreto. Precedentes do STJ.
7. Em suma: em princípio, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal. *É dele o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC.*
8. Diante dessa orientação, e partindo da premissa fática delineada pelo Tribunal *a quo*, que atestou a "ausência de motivos para que (...) se inobservasse a ordem de preferência dos artigos 11 da LEF e 655 do CPC, notadamente por nem mesmo haver sido alegado pela executada impossibilidade de penhorar outros bens (...)" - fl. 149, não se pode acolher a pretensão recursal.
9. Recurso Especial parcialmente provido apenas para afastar a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ. (destaquei)
(REsp 1337790/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 07/10/2013)

Com efeito, muito embora os argumentos expendidos pelo agravante, temos que na sistemática dos recursos repetitivos, publicado o acórdão paradigma, os recursos excepcionais sobrestados na origem terão seguimento denegado na hipótese de haver correspondência entre

o acórdão recorrido e a orientação do Tribunal Superior.

Dessa forma, deve ser mantida a decisão agravada porquanto a pretensão recursal destoa da orientação firmada no julgado representativo de controvérsia.

Ressalte-se, por oportuno, não ser cabível a rediscussão dos termos do acórdão paradigma, devendo o presidente ou o vice-presidente do Tribunal de origem verificar tão somente a adequação entre o julgado recorrido e o acórdão representativo de controvérsia.

Por fim, como bem salientado acima, a parte da decisão fundamentada na jurisprudência pacífica da Corte Superior, bem como os demais pontos que foram objeto da não admissão serão oportunamente apreciados pelo STJ em razão do processamento do agravo nos próprios autos manejados concomitantemente pela recorrente.

Ante o exposto, voto por *NEGAR PROVIMENTO* ao agravo interno.

Desembargador Federal NERY JUNIOR - Vice-Presidente

APELAÇÃO CÍVEL
0030236-27.2016.4.03.9999
(2016.03.99.030236-7)

Apelante: SUELENE APARECIDA DA SILVA PAULO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE BIRIGUI - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Classe do Processo: Ap 2188154
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/04/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ARTIGO 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E LEI Nº 8.742/93. ÓBITO DA REQUERENTE. TERMO FINAL. HABILITAÇÃO DE HERDEIROS. DIREITO AO CRÉDITO CONSTITUÍDO EM VIDA.
1. O benefício assistencial, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal e Lei nº 8.742/93, é personalíssimo, de maneira que cessa com a morte do beneficiário.
2. As parcelas eventualmente devidas a esse título até a data do óbito da parte autora representam crédito constituído em vida, o que não exclui a pretensão dos sucessores de receberem o que não foi pago para o beneficiário.
3. Os valores de benefício não recebidos em vida pelo requerente só serão pagos aos seus sucessores habilitados na forma da lei civil, independentemente de inventário ou arrolamento, de modo que a habilitação de herdeiro é medida que se impõe.
4. Anulação da sentença.
5. Apelação provida.

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 à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de abril de 2018.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Trata-se de recurso de apelação interposto por Suelene Aparecida da Silva Paulo em face da sentença, proferida em 06/04/16, que julgou extinta a ação, sem julgamento do mérito, com fundamento no artigo 485, IX, do CPC. Sem condenação em custas e honorários. Deixou de submeter a sentença ao reexame necessário.

Em suas razões de apelação, alega a autora, a habilitação dos herdeiros para que a ação tenha seu regular processamento. (fls. 71/73).

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

A pensão por morte, benefício devido ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, está disciplinada pela Lei nº 8.213/1991, nos artigos 74 a 79, cujo termo inicial, previsto no artigo 74, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, é fixado conforme a data do requerimento, da seguinte forma: (i) do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste; (ii) do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; (iii) da decisão judicial, no caso de morte presumida.

Deve-se atentar, sobre o tema, ao que prescreve a súmula 340, do STJ, no sentido de que o termo inicial das pensões decorrentes de óbitos anteriores à vigência da Lei nº 9.528/97 é sempre a data do óbito do segurado porque se aplicam as normas então vigentes.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os RREE 415.454 e 416.827, Pleno, 8.2.2007, Gilmar Mendes, entendeu que o benefício previdenciário da pensão por morte deve ser regido pela lei vigente à época do óbito de seu instituidor.

Não constitui demasia sublinhar que, por não correr a prescrição em relação aos dependentes absolutamente incapazes, mesmo que o benefício seja requerido depois de decorridos os 30 (trinta) dias do óbito do segurado, este será o termo inicial do benefício.

Na redação original do artigo 75, da Lei nº Lei 8.213/91, a RMI da pensão por morte era calculada mediante a aplicação do coeficiente de 80% (oitenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou a que teria direito, se estivesse aposentado na data do seu falecimento, mais tantas parcelas de 10% (dez por cento) do valor da mesma aposentadoria quantos forem os seus dependentes, até o máximo de 2 (dois). Caso decorrente de acidente de trabalho, o coeficiente era de 100% (cem por cento) do salário de benefício ou do salário de contribuição vigente no dia do acidente, o que fosse mais vantajoso.

Com as modificações da Lei nº 9.032/95, o RMI passou a ser de 100% (cem por cento) do salário de benefício, mesmo que decorrente de acidente de trabalho.

Atualmente, o valor da renda mensal, de acordo com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.528/97, corresponde a 100% (cem por cento) do valor da aposentadoria que o segurado recebia na data do óbito, e, se não estava aposentado, 100% (cem por cento) da aposentadoria que receberia se fosse aposentado por invalidez.

O artigo 16, da Lei 8.213/91, enumera as pessoas que são beneficiárias da Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

> Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:
> I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;
> II - os pais;
> III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido

ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;
§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.
§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.
§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.
§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Observe-se que na redação original do dispositivo, antes das alterações introduzidas pela Lei nº 9.032 de 28/04/95, eram contemplados também a pessoa designada, menor de 21 anos ou maior de 60 anos ou inválida.

Havendo mais de um dependente, a renda mensal do benefício é rateada em partes iguais (artigo 77, da Lei nº Lei 8.213/91), e, cessando o direito de um dos dependentes, sua parte reverte em favor dos demais (artigo 77, § 1º, da Lei nº Lei 8.213/91).

Nota-se que, nos termos do § 4º do artigo em questão, é imperioso que os beneficiários comprovem a dependência econômica em relação ao instituidor do benefício, sendo que em relação às pessoas discriminadas no inciso I, a dependência é presumida. Tal condição de dependente, cumpre sublinhar, deve ser aferida no momento do óbito do instituidor, já que é com o falecimento que nasce o direito.

Conforme a lição de FREDERICO AMADO (*In* "Direito e Processo Previdenciário Sistematizado", 4ª edição, 2013, Editora Jus Podivm, p. 658-659), "também serão dependentes preferenciais o parceiro homoafetivo e o ex-cônjuge ou companheiro (a) que perceba alimentos" (...) assim como. Com relação ao filho e ao irmão do instituidor, ressalta que o benefício só será devido quando a "invalidez tenha ocorrido antes da emancipação ou de completar a idade de vinte e um anos, desde que reconhecida ou comprovada, pela perícia médica do INSS, a continuidade da invalidez até a data do óbito do segurado".

Nos termos do art. 26, I, da Lei 8.213/91, o deferimento de pensão por morte independe do cumprimento de carência, mas é necessário que o óbito tenha ocorrido enquanto o trabalhador tinha qualidade de segurado, salvo se preenchidos todos os requisitos para a concessão da aposentadoria.

Contudo, após a edição da Medida Provisória nº 664, de 30 de dezembro de 2014, posteriormente convertida na Lei nº 13.135, de 17 de junho de 2015, voltou a ser exigida uma carência mínima de 18 (dezoito) contribuições mensais, exclusivamente no caso da pensão destinada a cônjuge ou companheiro, nos termos da atual redação do art. 77, Inc. V, *caput*, da Lei 8.213/1991. Caso esta carência não tenha sido cumprida, ou caso o casamento ou união estável tenham se iniciado menos de dois anos antes da morte do segurado, somente poderá ser concedida pensão provisória, pelo prazo de quatro meses, conforme alínea "b" do referido inciso.

O termo final do benefício em questão, de acordo como o parágrafo 2º do artigo 77, da Lei 8.213/91, ocorre com: (i) a morte do pensionista; (ii) a emancipação ou a idade de 21 anos, salvo se inválido, do filho, equiparado ou irmão; (iii) a cessação da invalidez do pensionista inválido; (iv) o levantamento da interdição do pensionista com deficiência mental ou intelectual; e (v) o reaparecimento do segurado, no caos de morte presumida.

A atual redação do referido dispositivo inovou, ainda, ao estabelecer prazos para a cessação da pensão ao cônjuge ou companheiro, conforme a idade do dependente na época do óbito do segurado. Os prazos foram estabelecidos na alínea "c", que assim dispõe:

> Art. 77. (...)
> § 2º O direito à percepção de cada cota individual cessará:
> (...)
> V- para cônjuge ou companheiro :
> (...)
> c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável: (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
> 1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
> 2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
> 3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
> 4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
> 5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
> 6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
> § 2º-A. Serão aplicados, conforme o caso, a regra contida na alínea "a" ou os prazos previstos na alínea "c", ambas do inciso V do § 20, se o óbito do segurado decorrer de acidente de qualquer natureza ou de doença profissional ou do trabalho, independentemente do recolhimento de 18 (dezoito) contribuições mensais ou da comprovação de 2 (dois) anos de casamento ou de união estável. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
> § 2º-B. Após o transcurso de pelo menos 3 (três) anos e desde que nesse período se verifique o incremento mínimo de um ano inteiro na média nacional única, para ambos os sexos, correspondente à expectativa de sobrevida da população brasileira ao nascer, poderão ser fixadas, em números inteiros, novas idades para os fins previstos na alínea "c" do inciso V do § 20, em ato do Ministro de Estado da Previdência Social, limitado o acréscimo na comparação com as idades anteriores ao referido incremento. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

Na hipótese, pela certidão de óbito de fl. 62 v., verifica-se que a parte autora faleceu em 28/02/2016, antes da audiência de instrução, debates e julgamento, que fora marcada para o dia 31 de março de 2016.

O juízo *a quo* fundamentou sua sentença de extinção do feito, sem resolução do mérito, com base em que o benefício assistencial "pensão por morte" configura direito personalíssimo, cuja intransmissibilidade encontra-se definida no art. 21, § 1º, da Lei nº 8.742/93.

No entanto, as parcelas eventualmente devidas a esse título até a data do óbito da parte autora representam crédito constituído em vida, o que não exclui a pretensão dos sucessores de receberem o que não foi pago para o beneficiário.

Tendo em vista que os valores de benefício não recebidos em vida pelo requerente só serão pagos aos seus sucessores habilitados na forma da lei civil, independentemente de inventário ou arrolamento, a habilitação de herdeiro é medida que se impõe.

Entendo que as prestações do benefício, vencidas e não percebidas, passam a integrar o patrimônio da parte autora como créditos, pois se trata de sucessão em valores não pagos quando ainda em vida; ou seja, o mesmo ocorreria em relação aos valores percebidos pelo beneficiário e não consumidos, que passariam aos seus herdeiros em função dos direitos sucessórios.

Nesse sentido, decidiu a E. Turma Nacional de Uniformização:

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS INCOMPATÍVEIS COM O RITO DOS JUIZADOS. PORTARIA DAS TURMAS RECURSAIS/MG. CÔMPUTO DO PRAZO RECURSAL A PARTIR DA CARGA DOS AUTOS. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. VALORES NÃO RECEBIDOS PELO INTERESSADO, FALECIDO APÓS A SENTENÇA. DIREITO DOS SUCESSORES.
> 1. Diante do conflito de normas que, de um lado, atribuem à Defensoria Pública privilégios processuais (contagem em dobro dos prazos e intimação pessoal), e, de outro, afirmam não haver contagem em dobro dos prazos no âmbito dos Juizados Especiais Federais, resolvese a controvérsia pelo princípio da especialidade da Lei nº 10.259, de 2001. Nada obstante, porque havia, no caso específico das Turmas Recursais de Minas Gerais, portaria a admitir a contagem do prazo a partir da carga dos autos, é este o critério que há de prevalecer.
> 2. A despeito do caráter personalíssimo do benefício assistencial, há que se reconhecer a possibilidade de pagamento dos atrasados aos sucessores do demandante falecido no curso do processo. Não se poderia premiar o Estado por uma conduta duplamente censurável: I) por não haver concedido o benefício a quem dele necessitava; e II) por não haver julgado o processo a tempo de propiciar o pagamento dos atrasados ao cidadão inválido.
> 3. Pedido de Uniformização conhecido e provido.
> (TNU, Rel. Juíza Federal Joana Carolina Lins Pereira, PEDILEF 200638007488127, DJU 30/01/2009, grifo nosso).

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA para anular a r. sentença de fls. 65/66 e determinar o retorno dos autos à vara de origem para habilitação de herdeiros e regular prosseguimento do feito, na forma da fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
5009544-72.2018.4.03.0000

Requerente: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS [AC CENTRAL DE BRASÍLIA]
Requeridos: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO - ABCOMM, SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO - 21ª VARA CÍVEL
Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA - PRESIDENTE
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/05/2018

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de pedido de suspensão de liminar apresentado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT com o objetivo de sustar a eficácia de decisão proferida pelo juízo da 21ª Vara Federal Cível da Subseção Judiciária de São Paulo nos autos da Ação Civil Coletiva de registro nº 5006275-58.2018.4.03.6100, em que requerente a Associação Brasileira de Comércio Eletrônico – ABCOMM.

Em síntese, cuida-se, na origem, de "ação coletiva com pedido de tutela provisória", na qual a autora, segundo consta da petição inicial (Id. 2780360), sustenta que "sem qualquer fundamentação ou justificativa, no dia 09.02.2018, a Ré [ECT] enviou e-mail a alguns de seus clientes informando que, a partir do dia 06.03.2018, o Sedex e PAC passariam por reajustes", denotando-se, da "tabela de reajustes recebida da Ré", que "o percentual por ela indicado não condizia à realidade, visto que os aumentos superavam em muito tais percentuais, chegando-se, em muitos casos a um reajuste de mais de 50% (cinquenta por cento) nos valores do PAC ou Sedex, a depender das regiões de origem e destino da mercadoria".

Pleiteadas as suspensões, em caráter nacional, "em relação aos associados da Autora", dos "reajustes estabelecidos em relação às tarifas das encomendas via PAC e Sedex, vigentes desde o dia 06.03.2018 ou, subsidiariamente, determine-se que tais reajustes devem ser limitados ao IPCA acumulado desde a última atualização de valores realizada pela Ré", bem como da "tarifa de R$ 20,00 (vinte reais), acrescida aos valores relativos ao envio de pacotes 'não quadrados'", e da "tarifa de R$ 3,00 (três reais), acrescida aos valores relativos a encomendas em 'áreas de risco'", sobreveio decisão liminar que, na extensão em que deferido, em parte, o pedido inicial, é objeto desta suspensão:

> Fundamentada a decisão, é o *DISPOSITIVO*:
> I – *DECLINO DA COMPETÊNCIA* para processar e julgar o pedido relativo ao afastamento da taxa de risco em todo o território nacional, tendo em vista a configuração das hipóteses previstas nos artigo 57 e 55, § 3º, ambos do Código de Processo Civil. Assim sendo, *determino a remessa desses autos virtuais ao Juízo da 27ª Vara Federal do Rio de Janeiro*, com as homenagens de estilo.
> II – *DEFIRO PARCIALMENTE O PEDIDO DE LIMINAR*, apenas para determinar a aplicação imediata do reajuste no percentual exato de 8% (oito por cento) consoante informado publicamente pelos Correios no dia 6 de março de 2018, , a incidir sobre o preço dos serviços de SEDEX e PAC, relativamente às empresas representadas pela Autora, sob pena de aplicação de multa diária, que fixo em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a produzir efeitos a partir da publicação da presente decisão.

> III – *EXTINGO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO*, nos termos do inciso V, do artigo 485, do Código de Processo Civil, pelo que reconheço a existência de litispendência quanto aos associados EBAZAR.COM.BR (MERCADO LIVRE) e o NS2.COM.INTERNET S/A, em razão da propositura das demandas individuais de nos. 5004786-83.2018.403.6100 e 5005220-72.2018.403.6100.
> Por fim, *com fundamento nos deveres fixados pelos artigos 5º e 6º do Código de Processo Civil*, determino que a Autora apresente relação de todos os seus associados que ajuizaram, individualmente, ações cujo objeto guarde relação com a presente controvérsia, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito, tendo em vista tratar-se de informação que deveria conhecer e ter informado o Juízo já na petição inicial.
> Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Supervenientemente, adveio a decisão abaixo reproduzida:

> Diante do deferimento parcial da medida de urgência requerida pela Autora, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT, ora Ré, requer (i) a intimação da Autora a fim de que apresente lista com nome, CNPJ e respectivo número de contrato de seus associados, bem como (ii) o prazo de 15 (quinze) dias, para que possa cumprir a determinação de aplicação do aumento linear de 8% (oito por cento) aos serviços de SEDEX e PAC, nos termos da referida decisão.
> É a síntese do necessário.
> *DECIDO.*
> *Quanto ao pedido de juntada de lista (sic) atualizadas dos associados da Autora e CNPJ, DEFIRO-O* determinando a intimação da Autora, na pessoa de seu Advogado, o Dr. Guilherme M. Santos, que deverá apresentá-la na sede deste Juízo, nesta data, às 18h30, em razão de requerimento para oitiva do Réu, pelo que se faculta sua presença. O número de contrato é informação que a Ré deve possuir em seus arquivos, puxando pelo nome e CNPJ de cada interessado.
> *Quanto ao pedido de prazo para cumprimento da determinação, INDEFIRO-O*, tendo em vista que a decisão proferida deve ser desafiada por meio de agravo de instrumento, no bojo do qual se deve requerer efeitos suspensivos, não sendo a petição apresentada a via processual correta para tanto. De outra parte, não se revela inviável o cumprimento da medida, uma vez que o índice é aplicado via sistema informatizado, sendo, nesses termos, descabida a alegação.
> Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se. Certifique-se.

Relatados os fatos, sustenta-se, quanto ao cabimento desta medida, que "há consenso, na doutrina e na jurisprudência, no sentido de que as Empresas Públicas prestadoras de serviço público, tal qual a ECT, detêm legitimidade para apresentar Pedido de Suspensão de Segurança e Liminar em Ação Civil Pública", fazendo-o "na qualidade de ente da Administração Indireta da União Federal", eis que "possui legitimidade para requerer Pedido de Suspensão de Segurança e de Liminar em Ação Civil Pública para impedir grave lesão às suas atividades e respectiva gestão administrativo-financeiros, tudo em favor do resguardo do interesse público dos usuários dos serviços prestados por esta Empresa Pública".

No mérito, afirma-se que "a celeuma impõe a necessidade de adentrar-se ao mérito de cada contrato firmado entre as associadas da ABCOMM e a ECT", mas "a r. decisão impugnada desconsiderou essa premissa, mesmo porque sequer há nos autos os contratos firmados pelas associadas da ABCOMM com a ECT", referindo-se que "o MM. Juízo da 9ª Vara Federal dessa Seção Judiciária de São Paulo, nos autos da Ação Ordinária nº 05220-72.2018.4.03.6100, proposta por NS2.COM INTERNET S.A. (Netshoes) em face da ECT (em que houve o reco-

nhecimento de litispendência pela r. decisão impugnada), na qual se discute o mesmo objeto da questão em exame, INDEFERIU os pedidos liminares", tendo "*esse e. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento nº 5004411-49.2018.4.03.0000, igualmente proferiu decisão favorável à ECT*".

Que, "considerando o universo de 211 milhões de encomendas SEDEX e PAC postadas na modalidade a faturar, *o prejuízo causado pela r. decisão impugnada pode alcançar patamares de R$ 82.000.000,00 (oitenta e dois milhões de reais), por ano, se aplicado reajuste máximo de 8% a todos os clientes, o que evidencia, de início, a GRAVE LESÃO À ORDEM ECONÔMICA*".

Que "*a Política Comercial implantada em março de 2017 viabilizou a oferta de preços mais atrativos nas localidades com maior potencial de mercado e maior nível de concorrência*, em função da aplicação do conceito de corredores de negócios", sendo que "no que diz respeito ao reajuste realizado pela ECT, do qual se insurge a ABCOMM, na forma do documento Memorando 91/2018 – GPPE/DEENC, anexo, tem-se que foi baseado no aumento dos custos operacionais, que consideram gastos com transporte, pagamento de mais de 100.000 (cem mil) empregados, aluguéis de imóveis em todo o território nacional, combustível, contratação de medidas de segurança, entre outros recursos necessários para manutenção dos serviços prestados por esta Empresa Pública".

Que, "se considerarmos o ticket médio nacional dos Correios no valor de R$ 26,84 calculado em março de 2018, período no qual já vigorava o reajuste aplicado, conclui-se que *mesmo com o ajuste de preços, o valor global cobrado pelos Correios é 10% menor que o ticket médio do frete do ecommerce brasileiro*, o que é desconsiderado pela r. decisão impugnada, a qual, como se vê, *foi proferida sem qualquer lastro fático-probatório*".

Que, "por se tratar de mercado concorrencial de livre iniciativa, é tendenciosa a alegação da ABCOMM de os que os aumentos foram maiores nos trechos onde há atuação quase que exclusiva dos Correios, uma vez que o suposto domínio desta é decorrente única e exclusivamente do desinteresse das empresas privadas em atuar nos mercados com menor demanda, exatamente pela inviabilidade econômico-financeira (valor excessivo dos custos), quando, assim, valem-se desta Empresa Pública para atuarem nessas localidades".

Que "em relação à prestação do serviço de encomenda a ECT atua em *regime concorrencial*", circunstância que "possibilita que a ECT aufira receita para subsidiar e, até mesmo, viabilizar a prestação do serviço postal, especialmente em regiões onde a iniciativa privada não estaria disposta a fazer entregas postais, sendo, pois, denominado de *subsídio cruzado*", de modo que "os recursos decorrentes da prestação dos serviços postais não objeto de privilégio postal, como é o caso da entrega de encomendas, servem para possibilitar e manter a prestação de outros menos demandados, como, por exemplo, a entrega de correspondências em regiões de difícil acesso do País, possibilitando a integração nacional".

Que "a ABCOM formulou pedido de tutela antecipada, deferido pela r. decisão impugnada, cujo conteúdo possui natureza satisfativa, esgotando por completo o objeto da ação, tendo em vista que o pedido apresentado pela ABCOMM da Ação Civil Pública é justamente a imposição à ECT de obrigação de não fazer", razão pela qual, considerando o que prevê "o artigo 1º da Lei nº 8.437/92", ou seja, diante da vedação "*de concessão de medida liminar que esgote no todo ou parte o objeto da demanda*", há "impedimento legal para manutenção da r. decisão impugnada, restando de início evidenciada a grave lesão à ordem pública", porquanto "ao suspender-se o ajuste dos preços, estipulando percentual diverso, não levou em consideração fatores primordiais, invadindo o mérito administrativo e o próprio contexto contratual, em

nítida violação ao serviço postal".

Que "a r. decisão impugnada não considerou a total ausência de legitimidade da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO – ABCOMM".

Que "a pretensão da ABCOMM, veiculada em sede de feito de natureza coletiva, esbarra também na inadequação da via eleita, frente à heterogeneidade da matéria, o que também foi desconsiderado pela r. decisão impugnada", já que "cada uma das associadas da ABCOMM possui um contrato com *condições específicas* com a ECT" e "*é tarefa impossível ao Poder Judiciário verificar se o reajuste de preços promovido pela ECT foi abusivo em relação a cada uma das associadas da ABCOMM*".

Que "não existe relação de consumo *in casu*, haja vista que as associadas da ABCOMM não são consumidores finais dos serviços prestados pela ECT, até mesmo porque uma consequência lógica do inerente ao próprio empreendimento realizados pelos aqueles, isto é, e-commerce".

Que, "na forma do entendimento jurisprudencial desse e. TRF da 3ª Região, tem-se que não há ilegalidade de reajustes dos preços do serviço postal, tendo em vista as peculiaridades inerentes a esse singular serviço postal obrigatório, dotado de eiva característica do alto custo para empreendimento de sua execução em todo o território nacional".

Que "a aplicação do reajuste pretendido pela ECT, *a margem de lucratividade líquida média dos serviços prestados para clientes com contrato, isto é, como no casos dos associados da ABCOMM, é de APENAS 1,7%, chegando a níveis mínimos de 0,5% a depender do pacote de encomendas contratado pelo cliente", sendo que "o pacote com rentabilidade de 0,5% é responsável por mais de 40% da carga de encomendas, o que reflete a improcedência da alegação de que com o reajuste os Correios buscam exigir dos consumidores vantagem manifestamente excessiva*".

Por fim, que a requerente "é uma empresa de interiores e rincões", de sorte que "sem ela várias partes do Brasil ficariam sem nenhuma comunicação para que cidadania pudesse ser exercida de fato, para que houvesse o mínimo de dignidade".

Que "*A ECT É UMA EMPRESA DE INTEGRAÇÃO NACIONAL DE UM PAÍS COM PROPORÇÕES CONTINENTAIS, o que custa caro", sendo que "nenhuma empresa que atua no mercado concorrencial seja obrigada a ofertar produtos a um preço menor que seus custos, visto que isso seria levar o negócio à bancarrota*".

Argumentos postos, requer-se "seja *deferida a suspensão dos efeitos da liminar deferida na Ação Civil Pública nº 5006275-58.2018.4.03.6100*, até o trânsito em julgado da decisão de mérito, mantendo íntegro o interesse público e afastando a grave lesão à ordem pública e à ordem econômica".

Petição (Id. 2818315) protocolizada pela Associação Brasileira de Comércio Eletrônico – ABCOMM, objetivando-se "seja inadmitido o Pedido de Suspensão de Liminar, tendo em vista a ilegitimidade ativa da Requerente para formulá-lo e a inocorrência de quaisquer das hipóteses ensejadora da sua concessão", e, subsidiariamente, "seja o Pedido de Suspensão de Liminar integralmente desprovido, mantendo-se a r. decisão de ID 6194339 no tocante em que concedeu a tutela de urgência pugnada", bem como, ainda, "seja indeferida a dilação de prazo para cumprimento da r. decisão combatida, tendo em vista o transcurso de prazo mais que suficiente para o seu cumprimento, mantendo-se, outrossim, a multa diária imposta em caso de descumprimento, nos exatos termos da r. decisão".

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 ação coletiva, liminar para fixar margem de reajuste dos preços praticados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT em 8%, fazendo-o para incidir sobre os preços dos serviços denominados "SEDEX" e "PAC", oferecidos às empresas representadas pela associação autora.

Ressalte-se, de saída, que o agravo de instrumento interposto pela requerente com o objetivo de impugnar a decisão do juízo *a quo*, neste Tribunal autuado sob nº 5008863-05.2018.4.03.0000 – nos termos, inclusive, de cópias que aqui constam (Id. 2781783) –, teve como seu último andamento despacho de encaminhamento do feito aos Desembargadores Federais Peixoto Júnior e Antonio Cedenho, para análise de eventual prevenção, ausentes, portanto, quaisquer provimentos jurisdicionais colegiados a analisar o mérito da questão aqui posta.

Nesse âmbito, improcede o argumento da associação autora, ora requerida, no sentido de que a eventual coincidência entre os pleitos apresentados em referido agravo de instrumento e nesta suspensão se traduziriam na inviabilidade do manejo dessa última, uma vez que, segundo sustenta, "às partes é vedado formular, em mais de um recurso ou ação, mesmo pedido, pautado mesma causa de pedir, envolvendo as mesmas partes, sob o risco se gera decisões conflitantes" (Id. 2818315).

Isso porque, mesmo que subsista eventual semelhança nos termos em que apresentados os pleitos pela requerente, a tutela jurisdicional atinente à suspensão de liminar é distinta daquela posta à disposição das partes na via recursal própria, já que aqui, consoante acima aludido, não se analisa a correição de mérito da decisão liminar, mas sim o impacto que decorre de sua eficácia a certos valores legislativamente tutelados, salvaguardando-se interesse público primário envolvido em cada caso concreto.

Daí que a eventual coincidência prática dos efeitos decorrentes tanto do deferimento liminar desta suspensão quanto da concessão de efeito ativo ao agravo não significa identidade entre os institutos, sob pena de se ignorar a natureza jurídica autônoma da primeira e o evidente caráter recursal do segundo.

Também em sede preliminar, batem-se as partes quanto à legitimidade dos Correios para requerer esta suspensão de liminar.

Sobre o ponto em questão, cabe firmar, por primeiro, a prevalência do entendimento na linha de que empresas públicas – tais como a requerente – são partes legítimas ao pleito

suspensivo, mas apenas na medida em que atuam no desempenho de função pública a qual, por consequência, atrai o regime administrativo – também o fazendo, portanto, quanto à possibilidade de requerer a sustação da eficácia de decisão jurisdicional nesta via (Elton Venturi, Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público, Malheiros, 3ª ed., 2017, p. 112):

> O critério qualificado da legitimidade ativa das pessoas jurídicas de direito privado para os pedidos de suspensão é, portanto, a busca pela tutela do interesse público primário. Caso não caraterizada concretamente a pretensão da tutela dos interesses públicos que devem ser resguardados pelo exercitamento da função pública, revelando-se no caso concreto mera tentativa de proteção de interesses particulares da pessoa jurídica, deslegitima-se para a medida cautelar excepcional.

No específico caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, a legitimidade da empresa pública em questão é condicionada, pela jurisprudência, a questões atinentes à função pública que exerce:

> AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. LEGITIMIDADE.
> – As empresas públicas e as sociedades de economia mista, nos termos da jurisprudência desta Corte, têm legitimidade para ingressar com pedidos de suspensão de liminar e de segurança, quando na defesa de interesse público decorrente da delegação.
> – A agravante, no caso presente, busca defender interesses privados, o que afasta a sua legitimidade.
> Agravo regimental improvido.
> (STJ, Corte Especial, AgRg no AgRg nos EDcl na SLS 771/SC, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, 24.8.2009)

> AGRAVO REGIMENTAL NO PEDIDO DE SUSPENSÃO. NÃO CONHECIMENTO DO INCIDENTE. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE.
> Consoante a jurisprudência desta Corte, as empresas públicas e sociedades de economia mista possuem legitimidade para pedir suspensão de decisão ou de sentença somente quando buscarem tutelar bens relacionados, diretamente, com o serviço público a elas acometido.
> Agravo regimental desprovido.
> (STJ, Corte Especial, AgRg na SLS 1.647/SE, Rel. Ministro Felix Fischer, 26.10.2012)

A análise desta suspensão, portanto, depende da aferição se os pleitos aqui deduzidos pela requerente atinem ao exercício do serviço público que lhe fora cometido, ou, então, referem-se a âmbito que lhe é estranho, como argumenta a associação autora.

À compreensão da questão, indispensável retomar a distinção feita pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 46, em que as atividades realizadas pelos Correios restaram cindidas entre aquelas que, em razão da sua natureza, são cometidas à empresa em regime de monopólio, nos termos do artigo 9º, incisos I a III, da Lei nº 6.538/1978, abaixo transcritos; e as demais, dentre as quais se inclui "o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas" (artigo 7º, *caput*, da lei referida), objeto desta suspensão e que, por não serem serviços públicos, não são por ela monopolizados:

> Art. 7º - Constitui serviço postal o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, conforme definido em regulamento.

> [...]
> Art. 9º - São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:
> I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal;
> II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada:
> III - fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

A esse respeito, a ementa do mencionado julgado, em que se reconheceu o desempenho de serviço público, sujeito ao monopólio, apenas quanto às atividades dispostas no artigo 9º da norma citada:

> ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, *CAPUT*, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGUIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI.
> 1. O serviço postal - conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado - não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público.
> 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar.
> 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X].
> 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969.
> 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado.
> 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal.
> 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade.
> 8. Argüição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. *O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo.*
> (STF, Plenário, ADPF 46, Rel. Ministro Marco Aurélio, 26.2.2010)

Não obstante, convém não ignorar a evidente conexão existente entre as atividades desempenhadas pelos Correios sob o regime de concorrência com aquelas realizadas na qualidade de prestador de serviços públicos, a tornar inviável restringir-lhe o manejo de suspensões de segurança apenas a respeito dessa atuação no regime específico.

Referida vinculação, economicamente materializada no conceito de subsídio cruzado, no pressuposto de que a ECT investe os lucros decorrentes da atividade não monopolística no serviço público que presta, viabilizando-o, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, ao entender que, em ambas as hipóteses, não há incidência de impostos em razão da imunidade recíproca:

> Recurso extraordinário com repercussão geral. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Peculiaridades do Serviço Postal. Exercício de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com particulares. Irrelevância. ICMS. Transporte de encomendas. Indissociabilidade do serviço postal. Incidência da Imunidade do art. 150, VI, a da Constituição. Condição de sujeito passivo de obrigação acessória. Legalidade.
> 1. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade econômica.
> 2. As conclusões da ADPF 46 foram no sentido de se reconhecer a natureza pública dos serviços postais, destacando-se que tais serviços são exercidos em regime de exclusividade pela ECT.
> 3. Nos autos do RE nº 601.392/PR, Relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes , ficou assentado que a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, CF, deve ser reconhecida à ECT, mesmo quando relacionada às atividades em que a empresa não age em regime de monopólio.
> 4. O transporte de encomendas está inserido no rol das atividades desempenhadas pela ECT, que deve cumprir o encargo de alcançar todos os lugares do Brasil, não importa o quão pequenos ou subdesenvolvidos.
> 5. Não há comprometimento do status de empresa pública prestadora de serviços essenciais por conta do exercício da atividade de transporte de encomendas, de modo que essa atividade constitui conditio sine qua non para a viabilidade de um serviço postal contínuo, universal e de preços módicos.
> 6. A imunidade tributária não autoriza a exoneração de cumprimento das obrigações acessórias. A condição de sujeito passivo de obrigação acessória dependerá única e exclusivamente de previsão na legislação tributária.
> 7. Recurso extraordinário do qual se conhece e ao qual se dá provimento, reconhecendo a imunidade da ECT relativamente ao ICMS que seria devido no transporte de encomendas.
> (STF, Plenário, RE 627051, Rel. Ministro Dias Toffoli, 11.2.2015)

Nesse mesmo sentido, os seguintes precedentes:

> 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.
> (STF, Plenário, RE 601392, rel. Min. Joaquim Barbosa, rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, 5.6.2013)

TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IPVA.
1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de que a imunidade recíproca deve ser reconhecida em favor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, ainda que o patrimônio, renda ou serviço desempenhado pela Entidade não esteja necessariamente relacionado ao privilégio postal.
2. Especificamente com relação ao IPVA, cumpre reafirmar o quanto assentado na ACO nº 789/PI, Redator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli, ocasião na qual foi confirmada a outorga da imunidade recíproca para o fim de afastar a incidência sobre os veículos de propriedade da requerente.
3. Ação Cível Originária julgada procedente.
(STF, Plenário, ACO 879, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, 10.2.2015)

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Tributário. IPTU. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Imunidade recíproca (art. 150, VI, a, da CF).
1. Perfilhando a cisão estabelecida entre prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica, a Corte sempre concebeu a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos como uma empresa prestadora de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado.
2. A imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, da Constituição, alcança o IPTU que incidiria sobre os imóveis de propriedade da ECT e por ela utilizados.
3. Não se pode estabelecer, a priori, nenhuma distinção entre os imóveis afetados ao serviço postal e aqueles afetados à atividade econômica.
4. Na dúvida suscitada pela apreciação de um caso concreto, acerca, por exemplo, de quais imóveis estariam afetados ao serviço público e quais não, não se pode sacrificar a imunidade tributária do patrimônio da empresa pública, sob pena de se frustrar a integração nacional.
5. As presunções sobre o enquadramento originariamente conferido devem militar a favor do contribuinte. Caso já lhe tenha sido deferido o status de imune, o afastamento dessa imunidade só pode ocorrer mediante a constituição de prova em contrário produzida pela Administração Tributária.
6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.
(STF, Plenário, RE 773992, rel. Min. Dias Toffoli, 19.2.2015)

Dito de outra forma, exsurge evidente a comunicabilidade do regime público, a que sujeitos os Correios na prestação desse serviço monopolista, aos âmbitos em que atua concorrencialmente, como é o caso da entrega de encomendas, objeto da demanda originária e, por consequência, deste pedido de suspensão, pois, afinal, uma atividade depende economicamente da outra, dado o formato empresarial existente, no qual, reunidas ambas sob a mesma denominação, opera-se de modo que a segunda viabiliza financeiramente a primeira.

Tal relação fica clara, até mesmo, em excertos da petição inicial, valendo menção ao seguinte reproduzido abaixo (Id. 2779308):

114. Assim, tendo em vista a obrigatoriedade da manutenção dos serviços postais em todo o território nacional, esses serviços são submetidos a um peculiar regime jurídico constitucional, que tem a finalidade de possibilitar o financiamento da manutenção do serviço postal, bem como a prestação da atividade fim da ECT, a qual deve ser entendida como aquela sujeita ao privilégio postal (art. 7º da Lei 6.538/78).
115. Os recursos decorrentes da prestação dos serviços postais não objeto de privilégio postal, como é o caso da entrega de encomendas, servem para possibilitar e manter a prestação de outros menos demandados, como, por exemplo, a entrega de correspondências em regiões de difícil acesso do País, possibilitando a integração nacional

Daí a legitimidade dos Correios para a presente medida suspensiva, cediço que a empresa não age no interesse exclusivo de sua atividade concorrencial, mas – procedente ou não a pretensão que deduz – tutela-a com o objetivo de viabilizar o exercício do serviço público que presta, razão pela qual o regime de direito público que lhe é inerente – e que contém a possibilidade de se requerer a suspensão de liminar – deve ser aplicado também na hipótese dos autos.

Portanto, atuante a ECT neste pedido de suspensão na qualidade de empresa pública na tutela do serviço público que lhe fora incumbido – mesmo que não seja essa diretamente a controvérsia sob análise –, é caso de se admitir a formulação dos pleitos aqui deduzidos.

Ultrapassado isso tudo, na análise do mérito propriamente dito cumpre verificar se o ato jurisdicional que deferiu a medida liminar para fixar margem de reajuste de preços à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT incorreu em ofensa à ordem pública e, segundo argumentado, por consequência, igualmente à ordem econômica.

No que atine em específico à ordem pública, "através de clássico julgamento de pedido de suspensão de segurança no âmbito do extinto TFR, o ex-Ministro do STF Nery da Silveira fixou entendimento paradigmático quando se trata de definir ordem pública" (Elton Venturi, Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público, Malheiros, 3ª ed., 2017, p. 207), a saber:

> [...] no juízo de ordem pública está compreendida, também, a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da administração, pelas autoridades constituídas.

Ordem pública, assim entendida, é forma de expressar necessária adequação na prestação dos serviços públicos, fazendo-o, como conceituado na Lei nº 8.987/1995, de modo a satisfazer "as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas" (art. 6º, *caput*).

Nessa linha, tem-se que, no específico caso do serviço público postal, aqui compreendido restritamente ao seu âmbito sujeito ao monopólio – isto é, o "recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal", o "recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada" e a "fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal" (artigo 9º, incisos I a III, Lei nº 6.538/78) – a forma de prestação à população restou conformada, sob a perspectiva institucional, por meio de uma empresa pública responsável pelo desempenho em todo o território nacional, fazendo-o, neste particular, sob regime de monopólio e independentemente do lucro, em uma atividade que se sustenta a partir do auferimento de recursos em outros âmbitos de atuação – nesses, como dito, ausente o regime de monopólio – tais como, no presente caso, a entrega de encomendas advindas do comércio eletrônico.

Assim, as atividades não monopolísticas dos Correios servem de esteio financeiro ao serviço público que presta, viabilizando-o a partir da percepção de lucros, que se materializam na diferença obtida entre os preços fixados em referidas atividades – dentre as quais a entrega de encomendas – e os custos operacionais, nos termos em que particularizados de acordo com inúmeras variáveis inerentes à extensão do território nacional, e relativos, por exemplo, à mantença de agências, empregados, e insumos mobilizados no transporte propriamente dito de objetos de um lugar a outro.

É nesse sentido que se vislumbra, no caso concreto, efetivo risco à ordem pública advindo

da decisão do juízo *a quo*, que, nos termos em que posta, fixou, nacionalmente, margem de reajuste para os valores praticados pelos Correios em atividade exercida pela via concorrencial, uma vez que suas consequências não repercutem apenas no resultado financeiro da empresa pública, mas também no montante de recursos que lhe restarão disponíveis para viabilizar o serviço público que presta.

É dizer: como os recursos advindos da remessa de encomendas são subsídios ao serviço postal, a fixação de margem de reajuste quanto aos primeiros afeta o segundo, ensejando, ao menos em tese, ameaça à ordem pública apta a ensejar o deferimento desta medida.

Referido panorama ganha contornos concretos quando se verifica, a partir do decidido, a inviabilidade de que fixação de preços por ato jurisdicional abarque complexos mecanismos de mercado, sobretudo em cenário – como o aqui posto – em que os valores decorrentes da atividade não se prestam exclusivamente ao sustento de um empreendimento, mas são reinvestidos no serviço postal, questões cuja análise exige tamanho esforço que restou constituída empresa pública, com pessoal técnico e organização própria para fazê-lo.

A esse respeito, confira-se recente precedente do Superior Tribunal de Justiça, em que discutida a fixação, mediante suspensão de aumento de tarifa do transporte público, de preços por ato jurisdicional, ali se ressaltando a complexa ponderação que resulta do ato de se determinar um valor como contraprestação ao exercício de um serviço:

> AGRAVO INTERNO NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. I) DISCUSSÃO DE QUESTÕES REFERENTES AO MÉRITO DA CAUSA PRINCIPAL.
> IMPOSSIBILIDADE. VIA SUSPENSIVA VOCACIONADA A TUTELAR APENAS A ORDEM, A ECONOMIA, A SEGURANÇA E A SAÚDE PÚBLICAS. II) GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA CONFIGURADA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO PRATICADO PELO PODER PÚBLICO QUE PREVALECE ATÉ PROVA DEFINITIVA EM CONTRÁRIO. DETERMINAÇÃO GOVERNAMENTAL QUE DEVE SER PRESTIGIADA TAMBÉM PARA MITIGAR A PROBLEMÁTICA DO DÉFICIT DEMOCRÁTICO DO PODER JUDICIÁRIO. CONSIDERAÇÕES SOBRE A DOUTRINA CHENERY. DIFICULDADE DE O JUDICIÁRIO CONCLUIR SE UMA ESCOLHA CUJA MOTIVAÇÃO É ALEGADAMENTE POLÍTICA SERIA CONCRETIZADA CASO A ADMINISTRAÇÃO EMPREGASSE SOMENTE METODOLOGIA TÉCNICA.
> IMPOSSIBILIDADE DE AS ESCOLHAS POLÍTICAS DOS ÓRGÃOS GOVERNAMENTAIS SEREM INVALIDADAS PELO JUDICIÁRIO, CASO NÃO SEJAM REVESTIDAS DE RECONHECIDA ILEGALIDADE. VEDAÇÃO ÀS PRESIDÊNCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO À APRECIAÇÃO DE PEDIDO DE CONTRACAUTELA À LUZ DE DIREITO LOCAL. III) MANIFESTA VIOLAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE PRÉVIA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA PARA QUE O ESTADO DE SÃO PAULO CUSTEIE AS VULTOSAS DESPESAS DECORRENTES DA MANUTENÇÃO DA HARMONIA ECONÔMICO-FINANCEIRA DOS ACORDOS ADMINISTRATIVOS FIRMADOS PELO PODER PÚBLICO COM AS CONCESSIONÁRIAS DE TRANSPORTE PÚBLICO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.
> 1. Hipótese em que o Juiz de primeiro grau deferiu o pedido de antecipação de tutela formulado na ação popular originária para suspender o aumento das tarifas cobradas de usuários da integração entre metrô, trens e ônibus municipais em terminais metropolitanos da Grande São Paulo, a partir de 8 de janeiro de 2017, baseado essencialmente em dois fundamentos: a) injustiça no fato de que a tarifa de metrô foi mantida em R$ 3,80, por tratar-se de medida "mais benéfica para quem reside em locais mais centrais" e utiliza unicamente aquele modal, enquanto é "gravosa a quem reside em locais mais distantes e se utiliza do trem e do metrô, cuja tarifa integrada foi aumentada acima da inflação" (fl. 264); e b) suposta motivação política

na adoção da novel política tarifária.
2. Na via suspensiva, por vezes, para que se verifique a violação de um dos bens tutelados na legislação de regência (Leis n.os 8.437/92, 9.494/97, 12.016/09), faz-se necessário proceder a um "juízo mínimo de delibação sobre a matéria de fundo da contracautela" (STF, SS nº 5.049/BA-AgR-ED, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI - Presidente -, Tribunal Pleno, julgado em 20/4/2016, DJe de 13/5/2016). Todavia, em análise de controvérsia sobre estipulação de remuneração pelo uso de transporte coletivo, o Supremo Tribunal Federal consignou que "o reajuste de tarifas do serviço público é manifestação de uma política tarifária, solução, em cada caso, de um complexo problema de ponderação entre a exigência de ajustar o preço do serviço às situações econômicas concretas do seguimento social dos respectivos usuários ao imperativo de manter a viabilidade econômico-financeiro do empreendimento do concessionário" (RE nº 191.532/SP, Rel. Min.
SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 27/5/1997, DJ de 29/8/1997).
3. Cármen Lúcia Antunes Rocha leciona que a discriminação tarifária torna possível, "nessa distinção de usuários em condições econômicas e sociais desiguais, a efetivação da igualdade jurídica e da concreta justiça social" (Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 101). Na mesma obra, contudo, ressalta a dificuldade de se fixar tarifa pública com fundamento no princípio da isonomia.
4. Assim, a evidente sofisticação da demanda ventilada na causa principal impede que a Presidência do Superior Tribunal de Justiça julgue questões relativas ao mérito do reajuste determinado pelo Poder Público - notadamente para concluir sobre discriminação ou injustiça na fixação de preço para uso de transporte público. O incidente suspensivo, por sua estreiteza, é vocacionado a tutelar tão somente a ordem, a economia, a segurança e a saúde públicas, não podendo ser analisado como se fosse sucedâneo recursal, para que se examinem questões relativas ao fundo da causa principal.
5. A interferência judicial para invalidar a estipulação das tarifas de transporte público urbano viola gravemente a ordem pública. A legalidade estrita orienta que, até prova definitiva em contrário, prevalece a presunção de legitimidade do ato administrativo praticado pelo Poder Público (STF, RE nº 75.567/SP, Rel. Min. DJACI FALCÃO, Primeira Turma, julgado em 20/11/1973, DJ de 19/4/1974, v.g.) - mormente em hipóteses como a presente, em que houve o esclarecimento da Fazenda estadual de que a metodologia adotada para fixação dos preços era técnica.
6. A cautela impediria a decisão de sustar a recomposição tarifária estipulada pelo Poder Público para a devida manutenção da estabilidade econômico-financeira dos contratos de concessão de serviço público. Postura tão drástica deveria ocorrer somente após a constatação, estreme de dúvidas, de ilegalidade - desfecho que, em regra, se mostra possível somente após a devida instrução, com o decurso da tramitação completa do processo judicial originário.
7. Não compete às Presidências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça julgar pedido suspensivo à luz de direito local (precedentes). Dessa forma, não há como analisar eventual ofensa à legislação estadual, qual seja, a Lei do Estado de São Paulo nº 9.166/95.
8. O Magistrado Singular concluiu que os reajustes tarifários seriam discriminatórios, por deixar de atingir parte dos usuários e incidir sobre outros. Estimou que estava a adotar, assim, a medida que reputou mais justa. Não se pode esquecer, entretanto, que o exercício da ponderação exige critérios, entre os quais, a adoção de solução que reduza "a tensão gerada pela falta de legitimidade representativo-democrática do juiz para realizar opções normativo-axiológicas", conforme leciona Paulo Gustavo Gonet Branco (Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 305). Dessa forma, o ato administrativo editado pelo Estado de São Paulo deve ser prestigiado também para mitigar a problemática do déficit democrático do Poder Judiciário.
9. Eventual intento político da medida não poderia ensejar a invalidação dos critérios tarifários adotados, tout court. Conforme leciona Richard A. Posner, o Poder Judiciário esbarra

> na dificuldade de concluir se um ato administrativo cuja motivação alegadamente política seria concretizado, ou não, caso o órgão público tivesse se valido tão somente de metodologia técnica. De qualquer forma, essa discussão seria inócua, pois, segundo a doutrina Chenery - a qual reconheceu o caráter político da atuação da Administração Pública dos Estados Unidos da América -, as cortes judiciais estão impedidas de adotarem fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais não têm a expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos (Economic Analysis of Law. Fifth Edition. New York: Aspen Law and Business, 1996, p. 671). Portanto, as escolhas políticas dos órgãos governamentais, desde que não sejam revestidas de reconhecida ilegalidade, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário.
> 10. Impedir judicialmente o reajuste das tarifas a serem pagas pelos usuários também configura grave violação da ordem econômica, por não haver prévia dotação orçamentária para que o Estado de São Paulo custeie as vultosas despesas para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos acordos administrativos firmados pelo Poder Público com as concessionárias de transporte público.
> 11. Agravo interno desprovido.
> (STJ, Corte Especial, AgInt no AgInt na SLS 2.240/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, 20.6.2017)

Nesse âmbito, a despeito das particularidades existentes no julgado mencionado – lá não se tratava da fixação de preços de uma atividade concorrencial, mas de tarifas de serviço público concedido a particular –, os mesmos fundamentos ali expostos quanto às dificuldades que enfrenta o Poder Judiciário na determinação do valor a ser cobrado por determinado serviço acabam se aplicando à hipótese dos autos.

Isso fica claro, aqui, ao se verificar, primeiro, que o juízo *a quo* impôs a existência de reajuste único a todo o território nacional, circunstância que traz evidente risco de desequilíbrio econômico-financeiro na atividade que presta a requerente – daí advindo, como argumentado, o risco à regularidade do serviço postal e à ordem pública –, uma vez que, a toda evidência, o preço da atividade de entrega de mercadorias difere a depender do local em que prestado esse serviço.

Em específico por se tratar, *in casu*, de fixação do reajuste, e não do preço inicial, referidos custos não só são distintos, mas podem sofrer alteração ao longo do tempo, segundo inúmeras variáveis, cuja ausência de análise, por parte da decisão judicial, pode ensejar riscos no sentido tanto de que haja um aumento maior do que o esperado em determinadas áreas, quanto uma majoração menor do que a necessária em outras.

Ademais, a decisão judicial fixou um único reajuste para todos os contratos de empresas vinculadas à associação requerente, o que, por sua vez, ignora as particularidades dos acertos realizados entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT e seus contratantes, uniformizando o aumento de preços sem que sejam obedecidos critérios vinculados às especificidades de cada um deles.

Subsiste, assim, de modo análogo ao quanto antes registrado, risco de que contratos nos quais o reajuste deveria ser menor que o fixado acabem sendo prejudicados, beneficiando-se, inadvertidamente, pactos em que o reajuste deveria ser maior que o definido, ausente critério objetivo – e economicamente coerente com a realidade da empresa e de seus contratantes – para distingui-los.

Válido salientar, como se lê de documentação inserida pela associação autora (Id. 2818323), ter a ECT informado que "A média [de aumento] será de apenas 8% para os objetos postados entre capitais e nos âmbitos local e estadual, que representam a grande maioria das

postagens realizadas pelos Correios" – ou seja, a empresa pública não fixou reajuste único para todo o território nacional, ante sua clara inviabilidade, fazendo-o de forma regionalizada e calculando-se, ao cabo, a média de referidos aumentos.

Assim, se mesmo à empresa que exerce diretamente a atividade econômica, fazendo-o em direto contato com os custos para sua operacionalização – e, ainda, no caso concreto, com a necessidade de transferência de recursos para subsidiar o serviço público que presta – não se viu apta à fixação de reajuste único, regionalizando-o de acordo com os diferentes custos que incidem nas diferentes áreas do Brasil, vê-se como inviável ao Poder Judiciário balizá-lo, unificando o reajuste de preços sem que se esteja suficientemente embasado a respeito da complexidade inerente a um mercado que abrange todo o território brasileiro e, como a própria associação autora admite, com indiscutível impacto em diversas outras atividades empresariais, cuja continuidade depende do transporte de mercadorias.

Ainda, também aqui o que se tem é circunstância na qual a fixação de um índice de reajuste comum, ante a vinculatividade das decisões tomadas pelo Poder Judiciário, pese embora feita sem uma apreensão da complexidade inerente à situação, traduz-se em um significativo impacto para uma atividade econômica.

Apesar da eventual divergência quanto aos valores envolvidos – ao passo em que os Correios sustentam um impacto anual de 82 milhões de reais, a associação o mensura em 820 mil reais –, o estabelecimento de um critério geral, que abrange todo o território do Brasil, para o reajuste de contratos com 6.423 associados (dos quais, segundo afirma a requerente, 194 têm faturamento anual superior a 3 milhões de reais) reúne aptidão para mudar o influxo de recursos à empresa pública de modo significativo, impactando significativamente na prestação do próprio serviço público postal, afetando, assim, a ordem pública ora tutelada (Id. 2818315).

De fato, o que se teve foi determinação jurisdicional tomada em cognição não exauriente, cuja eficácia se traduziu no rompimento de equilíbrio econômico-financeiro contratual estabelecido pela empresa pública que foi constituída justamente para fazê-lo, substituindo-se o Estado-Juiz, portanto, à atividade empresarial e à estratégia de preços que lhe é inerente, trazendo risco não apenas à atuação dos Correios na seara concorrencial – a entrega de encomendas – mas para o âmbito postal e no que ali desempenha como prestador de serviços públicos, ensejando evidente perigo à ordem pública e gerando, por consequência, a necessidade de providência jurisdicional que a resguarde.

Em conclusão, o acolhimento do pedido inicial, suspendendo os efeitos da decisão que deferiu a liminar, de modo a fazer prevalecer, novamente, os preços praticados pela empresa pública a partir de sua análise de mercado, associada às particularidades do serviço público que presta em paralelo à atividade concorrencial que é objeto da ação originária, impõe-se de rigor.

Ressalte-se que idêntica linha argumentativa, em decisão recentíssima, levou a Presidência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região a suspender liminar proferida pelo juízo da 5ª Vara Federal da Subseção Judiciária do Rio de Janeiro, correspondente à cobrança de Taxa de Emergência Excepcional – EMEX para encomendas entregues na região metropolitana do Rio de Janeiro.

Veja-se, a propósito, excerto da decisão prolatada em 9 de abril do corrente ano na SL nº 0003417-36.2018.4.02.0000:

> Não se pode olvidar, contudo, a natureza híbrida da atuação da EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT, a abranger, além do serviço de entrega de encomendas (exercido em regime de concorrência), necessariamente o serviço público de entrega de corres-

> pondências (exercido em regime de monopólio). Nesse sentido, é salientado pela requerente: "embora atue em mercado concorrencial, *a ECT não pode atuar de forma seletiva como seus concorrentes, independentemente da situação da localidade*. Vale dizer, a ECT é obrigada a prestar os serviços em qualquer localidade em âmbito nacional (Lei nº 6.538/78, art. 4º). [...] *Os concorrentes da ECT, além de atuarem seletivamente, repassam a esta Empresa Pública encomendas a serem entregues em locais mais distantes, onde não tem atuação e não vislumbram lucratividade ou mesmo se veem desinteressadas por questões de segurança*. [...] A cobrança emergencial é uma prática legal e comum de mercado, e que visa apenas cobrir os custos extraordinários para a prestação de serviços, por um período determinado, até que a situação emergencial (violência urbana generalizada e descontrolada) seja regularizada, isto é, não é uma forma de ampliação de lucros".
> Assim, a vedação da cobrança da referida "Taxa de Emergência Excepcional – EMEX" pela EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT quanto à entrega de encomendas na região metropolitana do Rio de Janeiro impõe uma atuação economicamente deficitária da empresa pública em relação aos seus concorrentes (que, em princípio, não estão proibidos da cobrança do mencionado valor adicional), e compromete, reflexamente, que possa prestar o serviço público federal a que está obrigada por força de mandamento constitucional e legal, qual seja o serviço de entrega de correspondências, dentre outros previstos no artigo 9º da Lei 6.538-78.
> Tal contexto, a meu sentir, configura a grave lesão à ordem pública referida no artigo 4º da Lei nº 8.437-92, já que a manutenção do cumprimento da liminar pode inviabilizar a prestação do serviço público de entrega de correspondências pela EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT.

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* em parte o pedido inicial, fazendo-o para determinar, até que sobrevenha a análise da questão, no mérito recursal, por órgão julgador este Tribunal Regional Federal, a suspensão da decisão que, proferida pelo juízo da 21ª Vara Federal Cível da Subseção Judiciária de São Paulo nos autos de reg. nº 5006275-58.2018.4.03.6100, determinou à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos a aplicação de reajuste no percentual de 8% nos serviços "SEDEX" e "PAC" nas empresas representadas pela Associação Brasileira de Comércio Eletrônico – ABCOMM.

Comuniquem-se, com urgência, o relator do Agravo de Instrumento nº 5008863-05.2018.4.03.0000 e o juízo da 21ª Vara Federal Cível da Subseção Judiciária de São Paulo.

Intimem-se.

Publique-se.

Após, ao Ministério Público Federal.

Decorrido o prazo legal sem a interposição de recursos, arquive-se.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Presidente

Direito Processual Penal



REVISÃO CRIMINAL
0002882-90.2012.4.03.0000
(2012.03.00.002882-4)

Requerente: MARCELO FANAIA
Requerida: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY
Classe do Processo: RvC 851
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/04/2018

EMENTA

REVISÃO CRIMINAL. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. CONCUSSÃO. PERDA DO CARGO. ARTIGO 92, I, A DO CÓDIGO PENAL. PENA ACIMA DE UM ANO E CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REVISÃO IMPROCEDENTE.

1. Admissibilidade. A Primeira Seção deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região já sedimentou entendimento no sentido de que a simples alegação da ocorrência de uma das situações descritas no artigo 621 do Código de Processo Penal é suficiente para o conhecimento da ação revisional, pois as matérias tratadas no preceito dizem respeito ao próprio mérito da demanda.

2. O requerente fundamenta o pedido revisional em violação ao dispositivo de lei, tendo em vista a decretação da perda de cargo sem qualquer fundamentação tanto pelo Juízo *a quo* quanto pelo acórdão condenatório.

3. O Código Penal traz em seu bojo os efeitos extrapenais da condenação criminal, dentre eles a decretação de perda do cargo, que depende de dois requisitos, sendo o primeiro, a observância do disposto no artigo 92, I, "a" do referido diploma legal. Outra exigência é a fundamentação expressa e específica, em respeito à previsão constitucional do artigo 93, IX, da Constituição Federal, que determina que todas as decisões do Poder Judiciário devem ser motivadas, sob pena de nulidade.

4. Ao contrário do quanto alegado pelo requerente, a condenação está embasada em diversos elementos probatórios que atestam ser a conduta do revisionando incompatível com o exercício da função pública, o que já é motivação suficiente para se decretar a perda de cargo. Na hipótese dos autos, o requerente obtinha vantagem indevida para facilitar a prática delitiva de outra quadrilha (roubo de veículos importados), decorrente de seu cargo de policial rodoviário federal.

5. Revisão criminal improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer da revisão criminal e julgá-la improcedente, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 05 de abril de 2018.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

Trata-se de revisão criminal ajuizada por MARCELO FANAIA, com fundamento no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal, com o escopo de desconstituir o v. acórdão da Eg. Quinta Turma desta Corte, nos autos da Ação Penal nº 2000.60.0003260-7 que manteve a condenação pela prática dos crimes dos artigos 316, *caput* e 288, ambos do Código Penal à pena de 03 anos de reclusão, em regime inicial fechado e de 01 ano e 06 meses de reclusão, em regime aberto, respectivamente.

Consta dos autos que o requerente foi denunciado como incurso nas penas do artigo 316, *caput* e do artigo 288, ambos do Código Penal, por ter exigido vantagem pecuniária indevida de quadrilha especializada em roubo de veículos importados, em troca da facilitação da passagem dos referidos veículos roubados pelos postos da Polícia Rodoviária Federal.

Em sentença publicada em 07/11/2000, MARCELO FANAIA foi condenado pela prática do crime do artigo 288, do Código Penal à pena de 01 ano e 06 meses de reclusão em regime inicial aberto, e do crime do artigo 316, *caput* do Código Penal à pena de 03 anos de reclusão em regime inicial fechado e pagamento de 50 dias-multa, no valor de R$10,00 cada (fls. 1748/1790 do Apenso).

Houve a interposição de recurso de apelação, a que foi negado provimento pela Eg. Quinta Turma desta Corte, em julgamento unânime (fls. 1934/1949 do Apenso). Houve a interposição de Recurso Especial, não admitido em decisão da Vice-Presidência deste Tribunal (fls. 1971/1972 do Apenso), em face dessa decisão o ora revisionando interpôs agravo, não conhecido por decisão da E. Min. Laurita Vaz, transitada em julgado em 10/11/2003 (fls. 120/121).

O revisionando sustenta que não houve fundamentação para decretação da perda de cargo prevista pelo artigo 92, I, "a" do Código Penal, tanto pela sentença quanto pelo acórdão condenatório, o que viola o dispositivo legal, uma vez que esses efeitos não são automáticos (fls. 02/11).

Foi determinado o apensamento da ação penal originária (fl. 127).

Em parecer, o Ministério Público Federal opinou pela improcedência da revisão (fls. 134/136v).

Os autos foram distribuídos à Relatoria do E. Des. Fed. Luiz Stefanini, contudo, à fl. 147, foi proferida decisão reconhecendo o seu impedimento, por conseguinte, os autos foram redistribuídos ao E. Des. Fed. Nelton dos Santos em 17/07/2012 (fl. 151).

É o relatório.

À Revisão.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

Admissibilidade:

De início, quanto à admissibilidade, observo que a ação revisional veio fundamentada no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal, sustentando o autor que a condenação viola diversos dispositivos legais.

A Primeira Seção deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região já sedimentou entendimento no sentido de que a simples alegação da ocorrência de uma das situações descritas no artigo 621 do Código de Processo Penal é suficiente para o conhecimento da ação revisional, pois as matérias tratadas no preceito dizem respeito ao próprio mérito da demanda:

> PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO REVISIONAL. NULIDADE DE INTERROGATÓRIO. VIDEOCONFERÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DEFINIDA NO ARTIGO 33,§4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO REVISIONAL CONHECIDO E JULGADO 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 rejeitada. Pedido revisional conhecido.(...)
> (TRF 3ª Região, 1ª Seção, RVC 0025345-94.2010.4.03.0000, Rel. Des.Fed. José Lunardelli, j. 03/05/2012, DJe 22/05/2012)

Destarte, conheço da revisão criminal.

2 - Mérito

Sustenta o requerente a violação ao dispositivo de lei, tendo em vista a decretação da perda de cargo sem qualquer fundamentação tanto pelo Juízo *a quo* quanto pelo acórdão condenatório. Assevera que os efeitos da condenação preconizados pelo artigo 92 do Código Penal não são automáticos e dependem de robusta fundamentação, o que não ocorreu nos autos originários. Requer a anulação da sentença para afastar a decretação da perda do cargo público.

O Código Penal traz em seu bojo os efeitos extrapenais da condenação criminal, dentre eles a decretação de perda do cargo, que depende de dois requisitos, sendo o primeiro, a observância do disposto no artigo 92, I, "a" do referido diploma legal, transcrito a seguir:

> Art. 92 - São também efeitos da condenação:
> I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:
> a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

Outra exigência é a fundamentação expressa e específica, em respeito à previsão constitucional do artigo 93, IX, da Constituição Federal, que determina que todas as decisões do Poder Judiciário devem ser motivadas, sob pena de nulidade.

Ao contrário do quanto alegado pelo requerente, a condenação está embasada em diversos elementos probatórios que atestam ser a conduta do revisionando incompatível com o exercício da função pública, o que já é motivação suficiente para se decretar a perda de cargo. Nessa toada, colaciono julgados do C. STJ:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PECULATO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. PERDA DO CARGO PÚBLICO. CONSEQUÊNCIA EXTRAPENAL DA CONDENAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE.
> A perda do cargo público foi decretada com base em elementos probatórios que sustentam a tese de que a agravante valeu-se da função ocupada nos quadros da Administração Pública estadual para praticar os delitos que lhe foram imputados, violando, com isso, os deveres funcionais de probidade, honestidade, moralidade e eficiência.
> Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 952.161/SE, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL (AGRAVO). PENAL. ART. 313-A DO CP. REGIME SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRESSUPOSTO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. PERDA DO CARGO PÚBLICO. DELITO PRATICADO COM VIOLAÇÃO DE DEVER PARA COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. FUNDAMENTO IDÔNEO.
1. O acórdão embargado consignou que a manutenção do regime inicial semiaberto se dava em função da existência de circunstâncias judiciais negativas que levaram à exasperação da pena-base, não havendo omissão quanto a esse ponto.
2. As circunstâncias do crime foram consideradas negativas, inviabilizando o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pela falta de um dos pressupostos subjetivos previstos no art. 44, III, do Código Penal.
3. A prática de crime com violação de dever para com a Administração Pública constitui fundamento idôneo para a decretação da perda do cargo público, no caso de pena igual ou superior a 1 ano, como no caso concreto, em que o embargante foi condenado como incurso no art. 313-A do Código Penal.
4. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem a atribuição de efeitos infringentes. (EDcl no REsp 1537995/PE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 02/03/2017)

Com efeito, a condenação do revisionando à pena de 03 anos de reclusão pela prática do crime do artigo 316 do Código Penal (concussão) enquadra-se no critério objetivo disposto no artigo 92, I, a, isto é, condenação superior a um ano em delito contra a Administração Pública. Já o critério subjetivo, isto é, a fundamentação, consta da sentença, observe-se:

> Os réus praticaram os delitos no exercício de suas funções, em razão delas. Tinham por dever funcional apreender os veículos objeto ou produto de crimes e deter seus condutores. Portanto, violaram regras dos deveres assumidos para com a Administração, transformando-se em mercenários dos interesses da sociedade. Isto, sem qualquer dúvida, os torna incompatíveis com o exercício do cargo de patrulheiro rodoviário federal. Estavam os réus encarregados da tutela dos interesses da União Federal, no âmbito das rodovias federais, e condicionavam a passagem de veículos objeto e crime ou para golpe do seguro ao pagamento de vantagem. Trata-se, assim, de crime funcional típico, descrito mesmo no artigo 316 do Código Penal, situação que enseja a perda do cargo, nos termos do art. 92, I, letra "a", do mesmo Diploma. - fl. 67.

Da mesma forma, o voto que manteve a sentença condenatória explicitou que o delito praticado pelo requerente, a obtenção de vantagem indevida para facilitar a prática delitiva de outra quadrilha, foi decorrente de seu cargo de policial rodoviário federal, logo, sendo incompatível com os deveres inerentes a ele, deveria sofrer a penalidade do artigo 92, I, "a" do Código Penal. A título ilustrativo, transcrevo trecho do referido voto:

> Por todo o exposto, verifico com segurança que todos os apelantes, policiais rodoviários, no exercício de suas funções ou em razão delas, certamente com o auxílio de outros policiais rodoviários não identificados ou não denunciados neste feito, exigiram e receberam vantagem indevida, de forma perene e organizada formando verdadeira quadrilha para a prática de crimes de concussão, restando, pois, bem caracterizado o delito previsto no art. 288 do Código Penal. Observe-se que mesmo se um dos acusados não estivesse de serviço nos postos da PRF no dia da facilitação de passagem de veículo, os apelantes, especialmente Willians e Marcelo, realizavam contatos com outros colegas de trabalho, também participantes do es-

quema criminoso, para que permitissem o livre trânsito dos veículos de origem espúria pelos postos policiais. A perda dos cargos públicos, determinada pela sentença monocrática, deve ser mantida, sendo efeito extrapenal da condenação criminal, que aplica pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com violação de dever para com a Administração Pública, nos termos do art. 92, inc. I, "a" do Código Penal. - fl. 114.

Ademais, quanto à necessidade de pedido expresso do Ministério Público Federal, a jurisprudência pátria é uníssona quanto à dispensabilidade, tendo em vista se tratar de efeito da condenação já previsto em legislação. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CONCUSSÃO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, INCISO XXXV, E 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO ESPECIAL: RECURSO ESPECIAL: RECURSO NO QUAL NÃO CABE DISCUSSÃO SOBRE OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. REAPRECIAÇÃO DA CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ANTECEDENTES ACERCA DOS FATOS E FUNDAMENTOS QUE ENSEJARAM A CONDENAÇÃO DO RECORRENTE. EXAME VEDADO. ENTENDIMENTO SEDIMENTADO NA SÚMULA Nº 07 DESTA CORTE. ALEGAÇÃO DE QUE AS TESES VENTILADAS NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO FORAM APRECIADAS. NÃO OCORRÊNCIA.EMBARGOS DECLARATÓRIOS: VIA DE IMPUGNAÇÃO PRÓPRIA PARA SANAR CONTRADIÇÃO, OMISSÃO OU OBSCURIDADE. ACÓRDÃO NO QUAL SE ESCLARECEU QUE TAIS VÍCIOS NÃO OCORRERAM. CRIME COMETIDO EM RAZÃO DA FUNÇÃO DO RECORRENTE. PERDA DO CARGO DE POLICIAL MILITAR. ART. 92, INCISO I, ALÍNEA A, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. EFEITO DA CONDENAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERDA DO CARGO PÚBLICO. DESNECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO NA DENÚNCIA. EFEITO EXTRAPENAL DA CONDENAÇÃO PREVISTO NO ART. 92, DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO DESPROVIDO.
1. No recurso especial não cabe discussão sobre ofensa a dispositivos constitucionais.
2. A incursão no âmbito probatório também é vedada no recurso especial, conforme entendimento sedimentado na Súmula nº 07 desta Corte.
3. Os embargos de declaração destinam-se a sanar omissão, contradição ou ambigüidade de atos judiciais. Não servem, porém, para reapreciação da controvérsia.
4. Não há ofensa ao art. 41, do Código de Processo Penal, quanto à perda de cargo público, se devidamente fundamentado, nas instâncias antecedentes, o elemento objetivo necessário para tal efeito (quantidade da pena privativa de liberdade a que o Paciente fora condenado) e as razões subjetivas que indicam a necessidade da medida.
5. "A possibilidade de perda do cargo público não precisa vir prevista na denúncia, posto que decorre de previsão legal expressa, como efeito da condenação, nos termos do artigo 92 do Código Penal" (STJ, HC 81.954/PR, 6ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA, DJ de 17/12/2007).
6. Tal consequência ocorre sempre que configurada a hipótese prevista no art. 92, inciso I, alínea a, do Código Penal, não fazendo a lei qualquer ressalva no sentido de que, se a pena privativa de liberdade for substituída por reprimendas restritivas de direito, não haverá a perda do cargo.
7. Agravo regimental desprovido.
(AgRg no AREsp 46.266/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012)

Daí, não caracterizada situação do art. 621, I, do Código de Processo Penal, a improcedência da revisão é de rigor.

É o voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

CONFLITO DE JURISDIÇÃO
0024697-46.2012.4.03.0000
(2012.03.00.024697-9)

Parte Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Parte Ré: WELBER SILVA NEVES
Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Classe do Processo: CJ 14581
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/04/2018

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. NOVO CONFLITO DE JURISIDIÇÃO. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. GERENTE DE AGÊNCIA BANCÁRIA. AUSÊNCIA DOS PODERES DE GESTÃO. COMPETÊNCIA DA VARA ESPECIALIZADA AFASTADA. CONFLITO IMPROCEDENTE.
1. A denominação do cargo de "gerente de agência bancária" nem sempre corresponde à efetiva função de "gerência de instituição financeira" e, encerrada a instrução probatória, é relevante a dúvida acerca do efetivo exercício de poder de gerência pelo réu no caso concreto.
2. Assim, a manifestação do Juízo Suscitante foi recebida como novo conflito de jurisdição.
3. *In casu*, verificou-se que o réu seria gerente de relacionamento e estaria subordinado ao gerente geral da agência bancária.
4. A ausência dos poderes de gestão afasta a incidência da Lei nº 7.492/86 e, como consequência, a competência das Varas Especializadas.
5. Conflito julgado 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 o conflito, declarando a competência do Juízo da 8ª Vara Criminal de São Paulo/SP, para julgar os fatos apurados no feito subjacente, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de abril de 2018.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Trata-se de novo conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juízo Federal da 8ª Vara Criminal de São Paulo/SP ("Juízo Suscitante") em face do Juízo Federal da 6ª Vara Criminal

de São Paulo/SP, nos autos de nº 0007595-97.2009.403.6181.

Extrai-se dos autos que Welber Silva Neves foi denunciado pela suposta prática dos delitos dos artigos 5º, *caput* e 17, ambos da Lei nº 7.492/86, em continuidade delitiva.

O *Parquet*, em memoriais (fls. 317/328), requereu, preliminarmente, a desclassificação da conduta originariamente descrita na denúncia para o crime do artigo 312, do Código Penal e, como consequência, o declínio da competência em favor de uma das Varas Criminais Comuns da Capital.

Às fls. 356/357, o Juízo Federal da 6ª Vara Criminal de São Paulo acolheu o pedido ministerial.

O feito foi então redistribuído à 1ª Vara Criminal de São Paulo, a qual determinou a remessa dos autos ao Juízo Suscitante, em razão da prevenção.

Em decisão de fls. 391/393, o Juízo da 8ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP determinou a remessa dos autos nº 0007595-97.2009.4.03.6181 a esta Corte Regional para as providências cabíveis, ao entendimento de que o Juízo da 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, especializada em crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e em lavagem de valores, teria descumprido decisão da 1ª Seção, que no julgamento do Conflito de Jurisdição nº 0024697-46.2012.4.03.0000 declarou a competência do Juízo da 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP para processar e julgar o feito originário.

Ante as circunstâncias do caso concreto, a decisão do Juízo da 8ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP foi entendida como apta a inaugurar um novo conflito negativo de jurisdição (fls. 396/398).

O *Parquet*, representado pelo Exmo. Procurador Regional da República Álvaro Luiz de Mattos Stipp, manifestou-se pela improcedência do conflito, declarando-se a competência do Juízo da 8ª Vara Criminal de São Paulo/SP (fls. 401/403).

É o Relatório.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Preliminarmente. Em manifestação de fls. 391/393, o MM. Juiz Federal Substituto no Exercício da Titularidade da 8ª Vara Criminal de São Paulo/SP considerou que, por já existir acórdão da 1ª Seção deste E. Tribunal fixando a competência do Juízo Federal da 6ª Vara Criminal Especializada de São Paulo/SP para atuar no feito, a desclassificação dos fatos inicialmente capitulados como crimes dos artigos 5º e 17 da Lei nº 7.492/86 para aquele previsto no artigo 312 do Código Penal afrontaria a autoridade da decisão do Tribunal Regional Federal.

No julgamento do Conflito de Jurisdição nº 0024697-46.2012.4.03.0000, a 1ª Seção desta Corte afirmou, em síntese, que o gerente de agência bancária poderia ser sujeito ativo dos delitos contra o Sistema Financeiro (fls. 101/107vº). Confira-se a ementa do julgado:

> PROCESSUAL PENAL - CONFLITO DE JURISDIÇÃO - CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO - LEI 7.492/86 - GERENTE DE AGÊNCIA BANCÁRIA - LEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA AÇÃO PENAL - CONFLITO DE JURISDIÇÃO PROCEDENTE.
> 1. O presente diploma repressivo (Lei 7.492/86) visa a coibir atos delituosos praticados no

> seio de instituições financeiras, por aqueles que possuem poderes de mando ou gerenciais.
> 2. Ainda que submetido a determinados tetos de valores, o gerente de agência bancária, no exercício de suas funções, se encontra na posse de diversos bens e valores da instituição financeira, assim como dispõe dos poderes necessários ao deferimento de empréstimos ou adiantamentos provenientes da instituição financeira.
> 3. Considerando a larga margem de autonomia e discricionariedade que o gerente possui no âmbito de sua agência, entendo que se mostra plenamente possível que referido profissional seja sujeito ativo dos delitos contra o Sistema Financeiro, descritos na Lei 7.492/86.
> 4. Conflito negativo de jurisdição procedente. Competência do Juízo Suscitado, da 6ª Vara Criminal de São Paulo-SP.

Conforme dispositivo do acórdão, foi julgado procedente o conflito, para declarar competente o Juízo suscitado da 6ª Vara Criminal de São Paulo/SP, *para conhecer do inquérito policial originário.*

Verifica-se, portanto, que o primeiro conflito surgiu durante as investigações policiais, e a 1ª Seção desta Corte, naquele momento processual, limitou-se a decidir que o gerente de agência bancária poderia ser sujeito ativo nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, enquadrando-se nas pessoas descritas no artigo 25 da Lei nº 7.492/86. Assim, a Seção concluiu pela possibilidade de imputação dos crimes dos artigos 5º e 17 da Lei nº 7.492/86 ao indivíduo que ocupava cargo de gerência em agência bancária.

Ocorre que, após a instrução processual, o Juízo da 6ª Vara Criminal Especializada de São Paulo/SP concluiu que o réu WELBER SILVA NEVES era funcionário subordinado, não possuindo efetivamente os poderes de gestão exigidos pelo artigo 25 da Lei nº 7.492/86.

Diante deste novo cenário - formado em momento processual distinto, quando do encerramento da instrução probatória -, e sem ignorar as discussões doutrinárias e divergências jurisprudenciais acerca do alcance do dispositivo legal que elenca o "gerente" como penalmente responsável, reconheço que há conflito de competência diverso daquele já julgado, pois a denominação do cargo de "gerente de agência bancária" nem sempre corresponde à efetiva função de "gerência de instituição financeira" e, encerrada a instrução probatória, é relevante a dúvida acerca do efetivo exercício de poder de gerência pelo réu no caso concreto.

A respeito, confira-se precedente da 11ª Turma desta e. Corte:

> DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. GERENTE DE RELACIONAMENTOS EM AGÊNCIA. BANCO SANTANDER. EXERCÍCIO CONCRETO DE PODERES EFETIVOS DE GESTÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. AGENTE NÃO ENQUADRADO NO ART. 25 DA LEI 7.492/86. SENTENÇA ANULADA. COMPETÊNCIA DECLINADA.
> 1. Recurso de apelação interposto contra sentença em que restou condenado o réu pela prática do crime descrito no art. 5º da Lei 7.492/86 (crime de apropriação indébita financeira).
> 2. O que se descreveu na denúncia foram condutas de apropriação indébita cometidas no seio de instituição financeira. Todavia, para que isso seja considerado "apropriação indébita financeira", deve ser o praticante alguém com poderes de gestor, de administrador, de diretor. Foi exatamente devido a isso que a Lei 7.492/86 consignou expressamente, em seu art. 25, serem penalmente responsáveis no que tange aos tipos nela previstos "o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes", equiparando-se a estes, ainda, "o interventor, o liquidante ou o síndico" (parágrafo 1º do art. 25). Tais cargos, embora com diversas configurações, trazem como ponto comum o poder de decisão sobre séries de atos de administração e atividade da instituição, seja em âmbito territorialmente restrito, mas com competência materialmente ampla (caso dos gerentes-gerais de agência de

> banco de varejo), seja em âmbito territorialmente amplo, mas materialmente restrito (caso dos diretores de área da instituição financeira), seja ainda, com competências materialmente amplas e territorialmente abrangentes (caso do diretor-presidente de uma instituição), ou, em situações específicas, com competências material e territorialmente restritas, mas que, pelas características de contexto de atuação e da própria instituição financeira, possam implicar o estabelecimento de políticas com margem de autonomia de decisão no interior da instituição.
> 3. Se de um lado não se pode descaracterizar a ocorrência de crime contra o sistema financeiro apenas por se tratar de gerente territorial ou materialmente restrito, de outro, *a nomenclatura de "gerente" não implica, por si, a caracterização de um acusado como sujeito englobado pelos conceitos do art. 25 da Lei 7.492/86, o qual remete claramente à necessidade de que o sujeito ativo, para assim ser caracterizado, exerça poderes de gestor/administrador.* Tais poderes significam alguma capacidade de implementação de políticas de gestão e atos balizadores da conduta institucional da empresa (seja sob o prisma material, seja sob o prisma territorial), e não apenas a prática de atos esparsos sem necessidade de autorização de chefias imediatas (ou sujeitos apenas a ratificação posterior por estas), salvo nos casos excepcionais em que um mero ato solitário tomado fora de uma cadeia de comando possa ser de grande impacto em parcela da instituição.
> (...)
> (ACR 00005757920144036181, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/10/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:., grifos nossos)

Diante disso, o entendimento do Juízo Suscitado não afronta a autoridade da decisão anterior deste E. Tribunal, inaugurando um novo conflito de jurisdição.

Do mérito do conflito. A questão a ser dirimida nesse novo conflito de jurisdição refere-se à subsunção dos fatos atribuídos a WELBER SILVA NEVES aos crimes previstos na Lei nº 7.492/86, que atrairia a competência da 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, especializada em crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e em lavagem de valores.

Para que as condutas perpetradas pelo acusado se enquadrem no referido diploma legal, exige-se que o sujeito ativo possua uma qualidade especial. Vejamos:

> Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado).
> § 1º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira (Vetado) o interventor, o liqüidante ou o síndico.

No caso dos autos, após instrução processual, verificou-se que o réu seria gerente de relacionamento e estaria subordinado ao gerente geral da agência bancária.

Nesse sentido, cumpre transcrever o seguinte trecho dos memorias apresentados pela acusação:

> (...) Vertida a questão para o caso ora sob análise, é forçoso reconhecer que dos autos não exsurge a perpetração dos referidos crimes, pois, conquanto tenha agido na qualidade de Gerente de Relacionamento da CEF, agência Pari, WELBER não ostentava qualquer poder de gestão sobre a vida social, institucional e financeira da instituição financeira.
> É dizer: o réu não apresentava, à época dos fatos, poder de comando sobre a instituição financeira denominada CEF, não era administrador ou controlador, fato que, a toda evidência, obsta pela ausência da qualidade especial do sujeito ativo, a configuração típica dos crimes especiais delineados nos artigos 5º e 17 da Lei nº 7.492/86.

(...) O acusado era mero Gerente de Relacionamento Pessoa Jurídica da agência da CEF, não sendo sequer gerente-geral da agência.
Era um funcionário subalterno na estrutura do banco.
Nessa senda, relembre-se que os Tribunais brasileiros, em caso análogos ao presente, vem reconhecendo que o gerente de relacionamento não pode ser sujeito ativo dos crimes próprios previstos na Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.
(...) Daí a conclusão que as condutas imputadas ao réu, que poderiam configurar os delitos dos artigos 5º e 17 da Lei de Crimes de Colarinho Branco, caso WELBER possuísse poder de gerência sobre a instituição financeira como um todo, amoldam-se, em verdade, ao crime de peculato-furto, dada a condição de funcionário público do acusado.
E mais: por se tratar de infração penal que não se encontra no rol de competência das Varas Criminais Especializadas, os crimes que compõem o presente processo submetem-se à competência das Varas Criminais Comuns dessa Subseção Judiciária de São Paulo/SP.

Assim, apenas após a instrução processual é que foi possível aferir a real extensão das funções exercidas pelo acusado.

Conclui-se, portanto, *in casu*, que como o réu não detinha efetivos poderes de gestão dentro da agência bancária, estando subordinado em sua atuação, a sua conduta não se amolda aos delitos da Lei nº 7.492/86. E, como consequência, também deve ser afastada a competência da Vara Especializada para julgamento do feito originário.

Tal entendimento já foi anteriormente adotado em caso semelhante. Vejamos:

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. AUSÊNCIA DE TIPIFICAÇÃO. VARA FEDERAL ESPECIALIZADA. COMPETÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO.
1. Para a configuração dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, exige-se que o sujeito ativo tenha uma especial qualidade. O agente deve exercer a função de controlador ou administrador da instituição financeira, assim considerados os diretores e gerentes.
2. O fato de ser o investigado gerente da instituição bancária não significa que ele tenha poderes efetivos de gestor, isto é, de administrador com poder e autonomia para emitir comandos gerais ou praticar por si atos de administração de maior escala.
3. Competência da vara especializada afastada.
4. Conflito julgado procedente.
(CJ 00054504020164030000, DESEMBARGADOR FEDERAL MAURICIO KATO, TRF3 - QUARTA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/01/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO: e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/01/2017.)

Ante o exposto, julgo improcedente o conflito, declarando a competência do Juízo da 8ª Vara Criminal de São Paulo/SP, para julgar os fatos apurados no feito subjacente.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

"HABEAS CORPUS"
5004591-65.2018.4.03.0000

Impetrantes: LEANDRO BAETA PONZO, JOSÉ ROBERTO FIGUEIREDO SANTORO, RAQUEL BOTELHO SANTORO, ANDRE LUIZ GERHEIM
Paciente: EDUARDO HERMELINO LEITE
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/04/2018

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DO ARTIGO 299 DO CP. COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE IMPETRADA. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES. PEDIDO DE DISPENSA DO RECOLHIMENTO INTEGRAL DA FIANÇA. REJEITADO. VALOR DA FIANÇA MANTIDA. ORDEM CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

- Remanesce à autoridade impetrada competência para decretação da prisão preventiva, desde que preenchidos os requisitos previstos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, até porque existe uma relação processual em curso. Tal possibilidade não está atrelada à apreciação dos termos em que firmado o Acordo de Colaboração Premiada (até mesmo porque faleceria competência tanto ao MM. Juízo impetrado como a este E. Tribunal), mas sim da existência da Ação Penal nº 0002425-32.2018.4.03.6181, em curso perante à autoridade impetrada (Juízo da 5ª Vara Criminal Federal de São Paulo/SP).

- Os fatos imputados ao paciente são especialmente graves, porque os documentos que foram por ele preenchidos e assinados ou apenas assinados, se destinavam a comprovar a prestação de serviços à comunidade, e, com isso, atestar o cumprimento de condição que aceitou em colaboração premiada no âmbito da Operação Lavajato.

- Diante da inexistência de elementos concretos sobre o perigo que a liberdade do paciente oferece, não se vislumbra a imprescindibilidade da manutenção da prisão domiciliar, mostrando-se adequada e suficiente a sua substituição por outras medidas cautelares, nos termos do artigo 319, §4º, do Código de Processo Penal.

- Não restando evidenciada por completo a incapacidade do paciente em arcar com o valor da fiança arbitrada e, diante da gravidade dos delitos cometidos, dado o seu significado e envergadura, deve ser mantida a decisão liminar, até porque também não há elementos suficientes, por ora, para a diminuição ou o parcelamento do valor arbitrado como fiança.

- Ordem concedida, confirmando a liminar, para conceder a liberdade provisória ao paciente, mediante o compromisso de cumprimento das medidas cautelares fixadas pelo r. juízo *a quo*, mantendo o valor da fiança em R$180.000,00 (cento e oitenta mil reais), devendo o acusado observar as obrigações insertas no artigo 328 do CPP, sem prejuízo de outras medidas (art. 319, §4º): 1- comparecimento pessoal e bimestral no Juízo *a quo*, para informar e justificar suas atividades (art. 319, I, do CPP); 2- proibição de se ausentar do município em que resida, por mais de 08 (oito) dias, sem prévia autorização judicial (art. 319, IV, do CPP); 3- recolhimento domiciliar no

período noturno, das 22h00 às 07h00, não podendo sair de casa nos finais de semana (art. 319, V, do CPP).
- Agravo Regimental prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, por unanimidade, CONCEDEU A ORDEM de Habeas Corpus, para conceder a liberdade provisória ao paciente, mediante o compromisso de cumprimento das medidas cautelares anteriormente descritas perante o Juízo de primeiro grau e JULGOU PREJUDICADO o Agravo Regimental interposto pelos impetrantes, tendo em vista que o julgamento final deste writ acarreta a perda de objeto do recurso, que buscava a reconsideração da decisão liminar visando à suspensão da medida cautelar de fiança, NOS TERMOS DO VOTO DO DES. FED. RELATOR; PROSSEGUINDO, A TURMA, POR MAIORIA, manteve o valor da fiança conforme anteriormente fixado, NOS TERMOS DO VOTO DO DES. FED. RELATOR, COM QUEM VOTOU O DES. FED. NINO TOLDO, VENCIDO O DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI que excluía a imposição de fiança. LAVRARÁ O ACÓRDÃO O DES. FED. RELATOR., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de abril de 2018

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de EDUARDO HERMELINO LEITE, contra ato imputado ao MM. Juízo da 5ª Vara Criminal Federal de São Paulo/SP, Dr. Emerson José do Couto, que decretou a prisão domiciliar do ora paciente nos autos do processo nº 0002425-32.2018.4.03.6181.

Segundo o impetrante, consta que, a princípio, foi instaurado inquérito policial com o propósito de apurar fatos, fruto de acusações infundadas, divulgados em reportagem jornalística, do programa *Fantástico*, da emissora de televisão Globo, de que o paciente, que goza de benefício de cumprimento de pena concedida mediante assinatura de Termo de Colaboração Premiada no âmbito da operação *Lava Jato*, estaria fraudando a sua atividade de prestação de serviços comunitários junto à entidade LARAMARA, ao não comparecer assiduamente.

Encerrada as investigações, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face do paciente pela suposta prática do crime previsto no artigo 299 do Código Penal, requerendo ainda a sua prisão preventiva, em razão do descumprimento de uma das medidas previstas no Acordo de Colaboração Premiada firmado no âmbito da "Operação Lava Jato".

Ao receber a denúncia, o MM. Juízo impetrado houve por bem deferir a prisão preventiva, com fundamento nos artigos 282, § 6º, c.c. 312 e 313, todos do Código de Processo Penal.

Na audiência de custódia, a defesa requereu a revogação da prisão preventiva ou, alternativamente, a conversão em prisão domiciliar. O MM. Juízo impetrado deferiu prazo de horas para juntada de documentos pela defesa do paciente e apresentação de parecer do Ministério Público Federal.

Escoado o prazo, o r. juízo *a quo* decidiu pela manutenção da medida cautelar de restrição de liberdade, convertendo a prisão preventiva em domiciliar, adequada às circunstâncias pessoais e de fato que envolvem o paciente.

Os impetrantes inconformados alegam:

a) incompetência do MM. Juízo impetrado para decretar a prisão preventiva do paciente com fundamento no descumprimento do Acordo de Colaboração Premiada, uma vez que a competência para deliberar a respeito desse assunto é do Juízo da Execução do Acordo;

b) inexistência de fundamentos que justifiquem a alegada necessidade de decretação da prisão para manutenção da ordem pública, ante a ausência de qualquer elemento concreto apontado pelo MM. Juízo impetrado;

c) impossibilidade de se utilizar da suposta gravidade da conduta delituosa imputada ao paciente como fundamento para justificar a prisão domiciliar como necessária à manutenção da ordem pública, por ausência de demonstração concreta e incompatibilidade com a jurisprudência do E. STF;

d) inexistência de prova da materialidade quanto à conduta atribuída ao paciente, tendo em vista a ausência de dolo específico, essencial à configuração do delito a ele imputado;

e) ausência de risco à ordem pública ou à sociedade com a manutenção da liberdade do paciente, considerando que, entre a data da divulgação dos fatos (09.04.2017) e o pedido de prisão preventiva, decorreu quase um ano.

Requer, portanto, seja concedida a medida liminar para revogar a prisão domiciliar do paciente, uma vez que o *fumus bonis iuris* (plausibilidade jurídica do pedido) e o *periculum in mora* não se fazem presentes ou, sucessivamente, a substituição por outras medidas cautelares menos gravosas, nos termos do artigo 319 do CPP.

Ao final, pugna pela concessão definitiva da ordem, com a revogação da prisão domiciliar decretada.

Em despacho, a apreciação do pedido liminar foi postergada para após a juntada das informações.

As informações prestadas pela autoridade impetrada (id 1869710 – pág. 1/5), dão conta que:

> (...) E dada a retratação do pedido de prisão preventiva pelo Ministério Público Federal, mas sem descuidar da gravidade dos fatos narrados na denúncia, este juízo entendeu por, ser conveniente e adequada, a imposição de medida cautelar de prisão domiciliar pelas mesmas razões que o levou a decretar a prisão preventiva. (...)

A liminar foi deferida para conceder a liberdade provisória ao paciente, mediante o compromisso de cumprimento das medidas cautelares anteriormente descritas perante o Juízo de primeiro grau, dentre elas, a imposição de fiança no valor de R$180.000,00 (cento e oitenta mil reais) (id 1909662 - pág. 01/11).

O Ministério Público Federal, em seu parecer, nesta instância, manifestou-se pela denegação da ordem (id 1912555 - pág. 01/09).

Os impetrantes, por sua vez, interpuseram Agravo Regimental, objetivando a reconsideração da decisão quanto ao valor da fiança. Alegam que a quantia fixada é incompatível com a atual situação financeira do paciente, pois todos os seus investimentos e bens estão bloqueados. Afirma ainda que ele está desempregado, pois foi demitido da empresa Camargo Correa, em

maio/2015, por justa causa, em face de sua condição de delator.

Pleiteia, ainda, a dispensa do recolhimento integral da fiança, mediante o compromisso de cumprimento das demais medidas cautelares impostas ou, em caso de assim não entender, sucessivamente, considere os valores e disponibilidades já bloqueados nos autos da Ação Civil Pública nº 5048492-42.2017.4.04.7000, como garantia do valor arbitrado a título de fiança.

É o relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Inicialmente, cabe ressaltar que mantenho o entendimento já esposado pela ocasião da apreciação da liminar, nos seguintes termos:

> A ação de *Habeas Corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *primo ictu oculi* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder, a repercussão mediata ou imediata, no direito à livre locomoção, conforme previsão do artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e artigo 647 do Código de Processo Penal.
> *DOS ATOS PROCESSUAIS NA AÇÃO PENAL SUBJACENTE*
> Narra a denúncia que EDUARDO HERMELINO LEITE, administrador do Grupo "CAMARGO CORREA", ora paciente, firmou Acordo de Delação Premiada, nos autos da "Operação Lava Jato", em trâmite pela Seção Judiciária do Paraná, fazendo jus ao denominado "Sistema Semiaberto Diferenciado", em que, dentre outras condições, foi estipulada a "Prestação de Serviços à Comunidade", na razão de 05 (cinco) horas por semana, pelo prazo mínimo de 02 (dois) anos.
> Ato contínuo, em audiência admonitória perante a 1ª Vara de Execuções Criminais da Subseção Judiciária de São Paulo/SP, o paciente EDUARDO foi encaminhado à LARAMARA – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA À PESSOA COM DEFICIÊNCIA VISUAL – para desenvolver atividade de apoio às ações e projetos sociais, sempre às segundas feiras, das10h00 às 15h00, sem horário de almoço, constando expressamente na ficha de encaminhamento a proibição de execução de prestação de serviços à comunidade fora do ambiente institucional ou em proveito particular de membros ou funcionários da instituição.
> Em consonância ao que restou consignado, EDUARDO HERMELINO LEITE assinou relatórios de prestação de serviços à comunidade, perante pessoa responsável pela instituição, comprovando que lá compareceu, das 10h00 às 15h00, nos dias 05.08.2016, 08.08.2016, 15.08.2016, 22.08.2016, 29.08.2016, 05.09.2016, 12.09.2016, 19.09.2016, 26.09.2016, 03.10.2016, 10.10.2016, 17.10.2016, 24.10.2016, 31.10.2016, 07.11.2016, 14.11.2016, 21.11.2016, 28.11.2016, 05.12.2016, 12.12.2016, 19.12.2016, 26.12.2016, 05.01.2017, 09.01.2017, 16.01.2017, 23.01.2017, 30.01.2017, 06.02.2017, 13.02.2017, 20.02.2017, 03.03.2017, 06.03.2017, 13.03.2017, 22.03.2017 e 30.03.2017.
> Todavia, ao comparar referidos relatórios aos extratos eletrônicos da tornozeleira eletrônica utilizada pelo paciente, verificou-se que tais dados não refletiam a realidade.
> Realizada audiência de justificativa, o paciente alegou ter prestado serviço comunitário de forma externa, na função de captação de colaboradores e desenvolvimento de projetos, sendo que os relatórios eram feitos de uma só vez, no dia do encerramento da informação mensal. Confirmou ainda que no dia 21.11.2016, esteve na cidade de Curitiba, apesar do relatório indicar que esteve na instituição.

Por sua vez, a pessoa responsável pela instituição confirmou ter preenchido os relatórios mensais de prestação de serviços à comunidade, objeto dos autos, de próprio punho ou sob sua supervisão, e que estes eram assinados pelo paciente, que prestava serviço à comunidade de forma externa, ou seja, fora da dependência da instituição.
Ao final, o paciente foi denunciado pelo Ministério Público Federal pela prática do crime de falsidade ideológica tipificado no artigo 299 do Código Penal.
Juntamente com o oferecimento da denúncia, o Ministério Público Federal, requereu a prisão preventiva de EDUARDO HERMELINO LEITE, nos seguintes termos: (...) ele descumpriu de forma engenhosa uma das medidas previstas no acordo de Colaboração Premiada, em decorrência lógica do disposto no art. 312, parágrafo único do Código de Processo Penal. Ademais, tal ato demonstra obstinação no antigo modus operandi de prática delitiva. Assim a prisão preventiva é medida necessária em razão da garantia da ordem pública, em consonância ao *caput* do artigo 312 do CPP.(...)
Recebida a denúncia pelo MM. Juízo impetrado, no mesmo ato houve por bem decretar a prisão preventiva do paciente, sob os fundamentos abaixo transcritos:
(...)
No caso, já reconheci que há justa causa para a deflagração da ação penal em desfavor de EDUARDO HERMELINO LEITE e CRISTIANO GOMES DA SILVA, pela suposta prática de crime de falsidade ideológica de documento público, por oito vezes. Presente, portanto, o fumus comissi delicti.
Apesar de o crime de falsidade ideológica não exigir para a sua consumação conduta de violência ou ameaça contra pessoa, tem pena máxima prevista em lei de 5 (cinco) anos de reclusão. E, de acordo com o que foi descrito pela denúncia, as circunstâncias em que os delitos de falso teriam sido praticados são muito graves.
Acrescente-se que, em seu relatório, a Autoridade Policial destacou que:
O cotejo das informações da tornozeleira eletrônica com o horário informado nos relatórios de frequência não é coincidente. Um exemplo é que no dia 21/11/2016 EDUARDO esteve na cidade de Curitiba (fls. 472 do apenso II, volume III) sendo que neste dia consta como se estivesse comparecido das 10h00 às 15h00 na sede da LARAMARA em São Paulo/SP (fl. 35 do apenso I). Pelo relatório de monitoração da tornozeleira, EDUARDO teria comparecido à LARAMARA apenas por 5 vezes, nos dias 05/08/2016, 03/10/2016, 28/11/2016, 30/01/2017 e 30/03/2017.
As conclusões da Autoridade Policial estão amparadas nos extratos de monitoração eletrônica juntados às fls. 457 a 490 (Apenso II, Vol. III), que indicam que o réu, ao contrário do que constou das fichas de presença que entregou à Justiça Federal, *não esteve* na sede da LARAMARA nos dias 08, 15, 22 e 29/08/2016, nem nos dias 12, 19 e 26/09/2016; nem em 10, 17, 24 e 31/10/16; nem em 07, 14,21 de11/16; nem em 05,12,19 e 26/12/16; nem em 05, 09, 16,23 e 30/01/17; nem em 06,13 e 20/02/17; e, muito menos em 03, 06, 13 e 22/03/2017.
Ainda assim, verifiquei que nos dias 05/08/2016, 03/10/2016, 28/11/2016 e 30/03/2017, o comparecimento não foi sequer pelo período integral, conforme destaquei na fundamentação ao recebimento da denúncia. Aliás, em um dos dias, o relatório de monitoração eletrônica demonstrou que Eduardo permaneceu na sede da LARAMARA por aproximadamente 13 (treze) minutos, quando deveria cumprir jornada de 5 (cinco) horas.
É intuitivo, portanto, que os fatos imputados ao réu EDUARDO são especialmente graves, porque os documentos que foram por ele preenchidos e assinados ou apenas assinados, se destinavam a comprovar a prestação de serviços à comunidade, e, com isso, atestar o cumprimento de condição que aceitou em colaboração premiada no âmbito da Operação Lavajato.
Na mencionada operação, EDUARDO foi condenado por sentença transitada em julgado, á pena de 15 (quinze) anos de reclusão, por ter cometido os crimes de corrupção ativa, lavagem de dinheiro e pertinência à organização criminosa.
A peculiar situação do réu EDUARDO HERMELINO LEITE, de condenado pela Justiça

Federal, em entregar a própria justiça Federal documentos que, de acordo com os elementos de provas colhidos na fase de inquérito, contém informações inverídicas, assume especial gravidade, que justifica a imposição da prisão preventiva, na forma do art. 313 incisos I e II, do Código de Processo Penal.
De fato, a sua manutenção em liberdade implicaria profunda desmoralização da Justiça Federal, máxime por ser um condenado agraciado com benefícios muito generosos para o cumprimento de elevada pena privativa de liberdade a que foi condenado por decisão já transitada em julgado (fls. 09, apenso II, vol. I).
Depois de condenado por crimes graves e receber do Estado brasileiro o beneplácito de resgatar a sua pena em condições claramente favoráveis, EDUARDO HERMELINO LEITE deveria se comportar demonstrando uma mudança de paradigma em suas ações. É o que dele razoavelmente se esperava. Contudo, mesmo sujeito a graves sanções pessoais, dentre as quais a eventual perda de eficácia de sua colaboração premiada, voltou, conforme afirma a denúncia, a praticar crimes graves, sequencialmente, justamente com o fim de enganar a própria Justiça Federal.
Estas são circunstâncias que evidenciam a concreta gravidade das condutas que lhe foram imputadas e cuja existência está corroborada em provas que indicam a falsidade documental, bem como justificam o decreto de prisão preventiva.
A propósito, a gravidade em concreto do crime praticado, consoante demonstra a jurisprudência, é motivo suficiente para o decreto da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública.
(...)
Registro que não é só a violência ou ameaça a pessoa que caracteriza a gravidade de um determinado crime. A forma e a finalidade de agir, tal qual foi imputado na denúncia e no pedido de prisão preventiva nestes autos, são reveladores da necessidade de se garantir a ordem pública, porque a entrega de documentos de comprovação de cumprimento de pena de prestação de serviços à comunidade por réu anteriormente condenado por crimes graves, revela personalidade audaciosa e destemor, além de propensão à prática delituosa.
A decretação da prisão preventiva de réu reincidente, para a garantia da ordem pública, no caso também se justifica, como imprescindível para preservação da credibilidade da justiça, porquanto não decretar a prisão de EDUARDO HERMELINO LEITE revelaria inegável sentimento de impunidade; acarretaria o descredito à realização da justiça e a mais dura desconsideração da atuação do Poder Judiciário.
(...)
Estas, pois as razões pelas quais, com fundamento no art. 282, § 6º, c.c. 312 e 313, todos do Código de Processo Penal, decreto a prisão preventiva de EDUARDO HERMELINO LEITE e ordeno a imediata expedição do mandado de prisão, a ser cumprido pela Superintendência da Polícia Federal em São Paulo, Capital.
Na audiência de custódia, a defesa requereu a revogação da prisão preventiva ou, alternativamente, a conversão em prisão domiciliar. O MM. Juízo impetrado deferiu prazo de horas para juntada de documentos pela defesa do paciente e apresentação de parecer do Ministério Público Federal.
A decisão exarada pelo Juízo *a quo*, objeto da presente impetração, houve por bem manter a medida cautelar de restrição de liberdade do paciente, convertendo a prisão preventiva em domiciliar, assim expondo:
Vistos.
O réu EDUARDO HERMELINO LEITE requereu em audiência de custódia realizada nesta data (fls. 340-343), por meio de sua defesa constituída, a revogação da medida de prisão preventiva imposta por este juízo (decisão de fls. 32-335) e cumprida em face do acusado, ou alternativamente a conversão em prisão domiciliar.
O pedido da defesa se fundamentou em alegadas circunstâncias relativas às investigações e colaboração premiada em curso perante o d. Juízo Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba,

aduzindo que a prisão do acusado em estabelecimento prisional traz imediato risco a sua integridade física e a sua vida, bem como que a forma de prosseguimento da execução penal relacionada aos fatos narrados na denúncia (com eventual regressão a regime mais severo ou não) será objeto de decisão pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba.
Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pela revogação da prisão preventiva alegando que é suficiente para o caso aguardar-se a decisão sobre a forma de execução da pena a qual o réu foi condenado no outro juízo.
Decido.
A manifestação ministerial configura retratação do pedido de prisão preventiva manifestado na cota de fls. 306 dos autos.
Contudo, conforme decidido por este juízo na análise da denúncia, a medida cautelar imposta ao acusado teve por fundamento a garantia da ordem pública diante das circunstâncias e da gravidade dos fatos narrados e apurados na presente ação penal, motivos que, uma vez já iniciado o curso do processo, autorizam a aplicação da medida de ofício nos termos do art. 311 do Código de Processo Penal.
Observo que a ação penal foi distribuída a este juízo em razão do local do suposto delito e que deve tramitar de forma completamente apartada e independente dos eventos relacionados ao processo que responde o acusado perante a Subseção Judiciária de Curitiba, bem como da forma de prosseguimento da execução penal relacionada ou de eventuais investigações em curso conexas.
Feita a ressalva, cumpre a este juízo apreciar a manutenção de medida cautelar adequada ás circunstâncias pessoais e de fato que envolvam o acusado, levando em consideração, neste momento, o risco à sua integridade pessoal na hipótese de segregação em estabelecimento penitenciário.
Verifico, conforme indicado pela defesa às fls. 366/372 e 393/398, bem como pelo próprio réu em seu depoimento em audiência de custódia, que sua permanência em estabelecimento prisional comum acarreta risco à sua segurança por ser delator e testemunha em investigações da Operação Lava Jato.
Assim, sendo necessária a imposição de medida cautelar que impeça o livre deslocamento do acusado, eis que a simples monitoração eletrônica e o comparecimento periódico em local indicado pelo juízo já se mostram insuficientes conforme indícios apurados no feito, reputo adequada a prisão domiciliar como substitutiva da prisão em regime carcerário, com fundamento nos artigos 318 e 319 do CPP, tratando-se de ampliação do rol em benefício do réu, diante da efetiva presença dos requisitos que autorizam a imposição de medida mais grave.
ANTE O EXPOSTO, determino a conversão da prisão preventiva de EDUARDO HERMELINO LEITE em prisão domiciliar.
(...)
DA POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA AUTORIDADE JUDICIAL APONTADA COMO COATORA.
Insurge-se o impetrante contra a decisão do r. juízo *a quo* que analisando pedido formulado pela defesa do ora paciente, de revogação da prisão preventiva requerida pelo Ministério Público Federal quando do oferecimento da denúncia, converteu-a em prisão domiciliar.
De início, cumpre-se salientar que remanesce à autoridade impetrada competência para decretação da prisão preventiva, desde que preenchidos os requisitos previstos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, até porque existe uma relação processual em curso. Tal possibilidade não está atrelada à apreciação dos termos em que firmado o Acordo de Colaboração Premiada (até mesmo porque faleceria competência tanto ao MM. Juízo impetrado como a este E. Tribunal), mas sim da existência da Ação Penal nº 0002425-32.2018.4.03.6181, em curso perante à autoridade impetrada (Juízo da 5ª Vara Criminal Federal de São Paulo/SP).
Na realidade, o poder geral de cautela empregado pelo magistrado impetrado guarda fundamento de validade na ação penal subjacente que se encontra sob sua jurisdição. Eventualmente,

seria possível acoimar de ilegal a segregação cautelar ora em apreciação ante o não preenchimento dos pressupostos legais para o seu deferimento, mas não aduzir a impossibilidade do r. juízo *a quo* decretá-la no caso concreto, sem qualquer relação com os termos da delação.

DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA

O Código de Processo Penal, em seu Título IX e, especificamente, no Capítulo III, dispõe acerca da prisão preventiva, cabendo salientar que tal instituto foi reformulado por força da edição da Lei nº 12.403, de 04.05.2011, que teve o objetivo de estabelecer que a custódia cautelar deve ser interpretada e ser decretada apenas quando não cabível no caso concreto qualquer outra medida (também de natureza cautelar) dentre aquelas elencadas no art. 319 do Diploma Processual (inteligência do art. 282, § 6º, de indicado Código, que prevê a prisão cautelar como ultima ratio).

Dentro desse contexto, mostra-se adequada a prisão cautelar quando os postulados que compõem a proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) indicarem que a medida excepcional de constrição da liberdade antes da formação da culpa é imperiosa diante do caso concreto.

Por se revestir de natureza cautelar, a prisão preventiva somente poderá ser decretada caso presentes no caso concreto tanto o fumus boni iuris (chamado especificamente de *fumus comissi delicti*) como o *periculum in mora* (nominado especificamente de *periculum libertatis*), o que, a teor do art. 312 do Código de Processo Penal, consistem na necessidade de prova da materialidade delitiva e de indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*) e no fato de que a segregação preventiva tenha como escopo a garantia da ordem pública ou da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou o asseguramento da aplicação da lei penal (*periculum libertatis*). Destaque-se, outrossim, que a prisão preventiva também poderá ser imposta em decorrência do descumprimento de quaisquer das medidas constantes do art. 319 do Diploma Processual (conforme autorização expressa do parágrafo único do art. 312 do Código de Processo Penal).

Sem prejuízo do exposto, ainda que concorrentes no caso concreto os pressupostos anteriormente listados (*fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*), faz-se necessária para a decretação da preventiva que a infração penal imputada àquele que se objetiva encarcerar cautelarmente enquadre-se nos parâmetros trazidos pelo art. 313 do Código de Processo Penal: (a) crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 anos; (b) agente já condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Código Penal; e (c) crime envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, a criança, o adolescente, o idoso, o enfermo ou a pessoa com deficiência para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (independentemente do quantum de pena cominada). Admite-se, ademais, a decretação da preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la (devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após sua identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida) - art. 313, parágrafo único, do Diploma Processual Penal.

Todavia, conforme comando expresso do art. 314 do Código de Processo Penal, incabível cogitar-se na segregação cautelar em análise se restar verificado pelo juiz, a teor das provas constantes dos autos, que o agente levou a efeito a infração escudado por uma das causas excludentes da ilicitude elencadas no art. 23 do Código Penal (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito).

Importante ser dito que a privação de liberdade ora em comento pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou em sede de processo penal (art. 311 do Código de Processo Penal), devendo a decisão que a decretar, a substituir por outras medidas cautelares ou a denegar ser sempre motivada (seja por força do que prevê o art. 315 do Código Processual Penal, seja, principalmente, em razão do comando inserto no art. 93, IX, da Constituição Federal).

Consigne-se, por fim, que tal privação de liberdade deve ser analisada sempre com supedâ-

neo na cláusula rebus sic stantibus, vale dizer, os pressupostos autorizadores da preventiva devem estar presentes no momento de sua decretação bem como ao longo do período de sua vigência. Nesse sentido, vide o art. 316 do Código de Processo Penal, que estabelece que o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

DO CASO DOS AUTOS

Não obstante a inegável gravidade dos fatos tratados nos autos subjacentes, deve-se destacar que a subsistência de prisão domiciliar há de se circunscrever ao crime que lhe é supostamente imputado, falsidade ideológica tipificada no artigo 299 do Código Penal.

No caso, a decisão impetrada fundamentou-se na garantia da ordem pública diante das circunstâncias e da gravidade dos fatos narrados e apurados na ação penal.

Em que pese a fundamentação trazida pelo MM. Juízo *a quo*, não há elementos concretos aptos a justificar a imposição da medida que impeça o livre deslocamento do acusado, tendo em vista que não restou demonstrado pela autoridade impetrada que a liberdade do paciente poderá causar perturbações, por ora, de monta, de modo que a sociedade venha a se sentir desprovida de garantia para a sua tranquilidade, fato que, como se vê, retoma o verdadeiro sentido de se garantir a ordem pública – acautelamento do meio social.

Outrossim, não se justificaria a prisão domiciliar do paciente quando compreendida esta apenas na gravidade abstrata do delito, na desmoralização da Justiça e no eventual sentimento social de irresignação e de impunidade que poderia ser transmitido com a sua liberdade.

Não se pode esquecer que a prisão é a *última ratio* das medidas cautelares. Nesse sentido, é que deve ser reservada a situação de extrema gravidade e risco, sem que haja possibilidade de substituição por medidas cautelares diversas da prisão, o que não é o caso presente.

Sobre a questão, trago o entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

(...) embora constitua instrumento mais favorável ao acusado, se comparada com a prisão provisória, não deixa de representar um constrangimento à liberdade individual. Por isso, não pode ser aplicada automaticamente; depende do preenchimento de dois requisitos genéricos: necessariedade e adequabilidade. O primeiro deles diz respeito à indispensabilidade da medida, sob pena de gerar prejuízo à sociedade, direta ou indiretamente. O segundo guarda harmonia com a justaposição entre o fato criminoso e seu autor em confronto com a exigência restritiva a ser feita. Ilustrando, se o acusado é reincidente e pratica delito concretamente grave, não sendo o caso de preventiva, cabe a aplicação de medida cautelar, por ser necessária e adequada à hipótese. Na jurisprudência: STF: *"Em nosso sistema, notadamente a partir da Lei 12.403/2011, que deu nova redação ao art. 319 do Código de Processo Penal, o juiz tem não só o poder, mas o dever de substituir a prisão cautelar por outras medidas sempre que se revestirem de aptidão processual semelhante. Impõe-se ao julgador, assim, não perder de vista a proporcionalidade da medida cautelar a ser aplicada no caso, levando em conta, conforme reiteradamente enfatizado pela jurisprudência desta Corte, que a prisão é medida extrema que somente se legitima quando ineficazes todas as demais"* (HC 106446, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 209/09/2011; HC 114098, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 12/12/2012).(...) (*in* Código de Processo Penal Comentado, 16ª ed., ed. Forense, p. 721/722).

Confira-se, ainda, os seguintes julgados:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. DESNECESSIDADE DA CUSTÓDIA. POUCA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. SUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. *Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos*

e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Devendo, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP. (...) Recurso em habeas corpus provido para revogar a prisão preventiva do recorrente, ressalvada a aplicação de medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a serem definidas pelo Juiz de primeiro grau, bem como a possibilidade de nova prisão desde que devidamente fundamentada". ..EMEN:(RHC 201703303416, JOEL ILAN PACIORNIK, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:21/02/2018 ..DTPB:.) (grifos nossos)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA EM SENTENÇA DE PRONÚNCIA SUPERVENIENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. *MODUS OPERANDI*. PRISÃO DOMICILIAR. REQUISITOS DO ARTIGO 318, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DOENÇA GRAVE NÃO COMPROVADA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELAS INSTÂNCIAS PRECEDENTES. SUPRESSÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II - *A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.* III – (...) Habeas Corpus não conhecido..." EMEN:(HC 201700785850, FELIX FISCHER, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:19/02/2018 ..DTPB:.) (grifei)

Desse modo, diante da inexistência de elementos concretos sobre o perigo que a liberdade do paciente oferece, não se vislumbra a imprescindibilidade da manutenção da prisão domiciliar, mostrando-se adequada e suficiente a sua substituição por outras medidas cautelares, nos termos do artigo 319, §4º, do Código de Processo Penal.

Com efeito, a imposição de algumas das medidas cautelares diversas, presentes nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal, revelam-se suficientes para aplicação ao caso concreto, em obediência à sua função de intrínseca cautelaridade no processo penal.

Nesse contexto, uma das hipóteses substitutivas ao encarceramento consiste na imposição de fiança, consistente em garantia real ou caução prestada em dinheiro, pedras, metais ou outros objetos preciosos, hipoteca ou títulos da dívida pública que tem como objetivos principais *colocar o paciente em liberdade e vincular o afiançado ao processo, obrigando-o ao comparecimento nos atos deste ou do inquérito.* Veja-se ainda o que a doutrina diz acerca desse instituto:

Fernando da Costa Tourinho Filho assim o conceitua:

"Fiança, para o legislador processual penal, é uma garantia real, ou caução. É uma contracautela com o objetivo de deixar o indiciado ou réu em liberdade, mediante uma caução que consiste em depósito em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos de dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou até mesmo em hipoteca escrita em primeiro lugar. Prestada a caução o réu obterá a sua liberdade provisória até o pronunciamento final da causa, em decisão passada em julgado" (Manual de Processo Civil, ed. Saraiva, 2009, p. 655).

Guilherme de Souza Nucci, por sua vez, afirma que:

"Considera-se fiança uma espécie do gênero caução, que significa garantia ou segurança. Diz-se ser a caução fidejussória, quando a garantia dada é pessoal, isto é, assegurada pelo empenho da palavra de pessoa idônea de que o réu vai acompanhar a instrução e apresentar-se em caso de condenação. Esta seria a autêntica fiança. Com o passar dos anos, foi substituída pela denominada caução real, que implica o depósito ou a entrega de valores, desfigurando

a fiança. Ainda assim, é a caução real a feição da atual fiança, conforme se vê no Código de Processo Penal" (Código de Processo Penal Comentado, ed. Forense, 16ª edição, 2017, p. 836).
O arbitramento da fiança deve ser feito em consonância à gravidade da infração, nos termos do art. 325, *caput*, do Código de Processo Penal, *in verbis* (com o devido destaque):
"Art. 325 - O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:
I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;
II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos".
Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser;
(...)
III- aumentada em até 1.000 (mil) vezes.
(...)
O art. 326 do Código de Processo Penal, por sua vez, estabelece critérios objetivos e subjetivos para a fixação do valor da fiança:
"Art. 326. Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento".
O paciente foi denunciado pela prática, em tese, do delito descrito no artigo 299 do Código Penal, cuja pena em seu grau máximo, é superior a quatro anos de reclusão (inciso II, do artigo 325, do Código de Processo Penal).
Nos termos do artigo 326 do Código de Processo Penal, cabe à autoridade, no momento de fixação da fiança, observar os comandos trazidos nos dispositivos legais supratranscritos, a saber: natureza da infração, condições pessoais de fortuna e vida pregressa, circunstâncias indicativas de periculosidade e importância provável das custas do processo.
Cumpre salientar ainda que, se a situação econômica do preso recomendar, a fiança poderá ser dispensada, na forma do art. 350 do CPP, ou reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços), conforme preveem os incisos I e II do § 1º do art. 325 desse Código.
No caso, o paciente é reincidente, eis que firmou Acordo de Delação Premiada, como já mencionado, na 'Operação Lava Jato' (cabendo destacar que aqui não se está levando em conta eventual descumprimento do acordo e as consequências de tal ato, mas tão somente o fato objeto de prévio trânsito em julgado de condenação). Sabe-se ainda que atuou como executivo em uma das construtoras mais bem conceituadas do Brasil, 'Camargo Correia', possui formação superior e tem domicílio na Capital deste Estado, em bairro considerado de alto nível social, Vila Nova Conceição (id 1849484 – pág 47).
Destarte, por todos os elementos apresentados, reputa-se adequada e suficiente ao paciente, a concessão de fiança *no valor de R$180.000,00 (cento e oitenta mil reais)*, que correspondem ao máximo possível (duzentos salários mínimos) aumentado em até 1000 (mil) vezes (art. 325, inciso II e §1º, inciso III, do Código de Processo Penal), devendo o acusado observar as obrigações insertas no artigo 328, quais sejam:
"Art. 328. O réu afiançado não poderá, sob pena de quebramento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade ou lugar onde será encontrado".
Esse valor deverá ser depositado em conta vinculada ao juízo impetrado. Se feito em cheque, o juízo impetrado deverá aguardar a respectiva compensação para expedir o Alvará de Soltura Clausulado (art. 319, VIII, do Código de Processo Penal).
Sem prejuízo do exposto, a lei permite a cumulação com outras medidas cautelares (art. 319, §4º), de modo que fixo as seguintes:
1. comparecimento pessoal e bimestral no Juízo a quo, para informar e justificar suas ati-

vidades (art. 319, I, do CPP);
2. proibição de se ausentar do município em que resida, por mais de 08 (oito) dias, sem prévia autorização judicial (art. 319, IV, do CPP);
3. recolhimento domiciliar no período noturno, das 22h00 às 07h00, não podendo sair de casa nos finais de semana (art. 319, V, do CPP).
A fiscalização das medidas impostas poderá ser deprecada pela autoridade coatora.
Ressalte-se que, caso as medidas alternativas não se mostrem suficientes, ou, no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o Juízo *a quo* poderá decretar a prisão do paciente, de acordo com o artigo 282, § 4º, do Código de Processo Penal.
Posto isso*, DEFIRO o pedido de liminar de Habeas Corpus, para conceder a liberdade provisória ao paciente, mediante o compromisso de cumprimento das medidas cautelares anteriormente descritas perante o Juízo de primeiro grau.*
(...)

Por conseguinte, os impetrantes alegam, em sede de Agravo Regimental, que o valor atribuído à fiança é incompatível com a atual situação financeira do paciente, pois está desempregado e todos os seus investimentos e bens estão bloqueados.

Em que pese terem colacionado aos autos documentos (decisão proferida pela 11ª Vara Federal de Curitiba/PR, versando sobre bloqueio de bens e matrícula de imóvel com cláusula de indisponibilidade – id's 1957359 – pág. 02/08 e 1957630 – pág. 02/13), a fim de comprovar a hipossuficiência do paciente, deve-se levar em conta, nos termos do art. 326 do CPP, para fixação da fiança, não só as condições econômicas do paciente, mas também, a natureza da infração, a vida pregressa, as circunstâncias indicativas da periculosidade do agente, bem como a importância provável das custas do processo, até final do julgamento.

No caso dos autos, as circunstâncias em que os delitos teriam sido praticados são muito graves, pois os documentos falsificados destinavam-se a comprovar a prestação de serviços à comunidade, em razão de condenação definitiva do paciente, pela prática de crimes de corrupção ativa, lavagem de dinheiro e organização criminosa, no âmbito da "Operação Lavajato".

A corroborar o entendimento deste relator, o Ministério Público Federal em seu parecer asseverou (id 1912555 - pág. 01/09):

(...)
No caso dos autos, o paciente, condenado definitivamente a pena de 15 (quinze) anos de reclusão por crimes gravíssimos, voltou a delinquir, apesar de ter sido beneficiado por acordo de delação premiada.
Ou seja, Eduardo se recusou a cumprir prestação de serviços comunitários à razão de 5h (cinco horas) semanais, pelo prazo de 2 (dois) anos – mesmo condenado, registre-se novamente, à pena de 15 (quinze) anos de reclusão em regime inicial fechado - , chegando ao ponto de falsificar, por pelo menos 8 (oito) vezes, documentos prestados à Justiça Federal.
Tal quadro demonstra seu completo desprezo pela lei, pelo Poder Judiciário e seu potencial de cometer novos crimes, colocando em risco a ordem pública e a aplicação da lei penal.
(...)

Ademais, não houve comprovação de que o universo patrimonial do paciente e de sua esposa esteja totalmente indisponível, haja vista que não foram trazidos aos autos cópia das declarações de imposto de renda do casal a demonstrar o comprometimento total dos bens.

Dessa forma, não restando evidenciada por completo a incapacidade do paciente em arcar com o valor da fiança arbitrada e, diante da gravidade dos delitos cometidos, dado o

seu significado e envergadura, deve ser mantida a decisão liminar, até porque também não há elementos suficientes, por ora, para a diminuição ou o parcelamento do valor arbitrado como fiança.

Apenas, cabe um esclarecimento para enquadrar a fiança nos moldes do artigo 325, inciso I (levando em conta a pena máxima prevista e o máximo de 100 salários mínimos), combinado com o seu parágrafo primeiro, inciso III (aumento decorrente da situação econômica em até 1000 vezes), sendo certo que, *in casu*, a fiança restou fixada em *R$180.000,00*(188,68 salários mínimos). Logo, muito abaixo do limite máximo legal previsto no artigo 325, inciso I e parágrafo primeiro, inciso III, do Código de Processo Penal, ou seja, 0,188% do máximo permitido.

Ante o exposto, *CONCEDO A ORDEM* de Habeas Corpus, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, para conceder a liberdade provisória ao paciente, mediante o compromisso de cumprimento das medidas cautelares anteriormente descritas perante o Juízo de primeiro grau, mantendo o valor da fiança conforme fixado e *JULGO PREJUDICADO* o Agravo Regimental interposto pelos impetrantes, tendo em vista que o julgamento final deste *writ* acarreta a perda de objeto do recurso, que buscava a reconsideração da decisão liminar visando à suspensão da medida cautelar de fiança.

Expeça-se Alvará de Soltura após a satisfação da fiança e assinatura de Termo de Compromisso da Medidas Alternativas à Prisão no r. juízo *a quo*.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

Direito Tributário



APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0003205-74.2007.4.03.6110
(2007.61.10.003205-5)

Apelantes: ROCA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA
E UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SOROCABA - SP
Relator: DESEMBARGADOR JOHONSOM DI SALVO
Classe do Processo: ApReeNec 309782
Disponibilização do Acordão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/04/2018

EMENTA

JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 543-B, § 3º, DO CPC/73. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS: INCONSTITUCIONALIDADE, CONFORME TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). INVIABILIDADE DE SUSPENSÃO DO JULGAMENTO DO FEITO, À CONTA DE EVENTO FUTURO E INCERTO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO EXERCIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AOS APELOS E AO REEXAME NECESSÁRIO.

1. Não há viabilidade para a suspensão do julgamento deste feito, à conta do resultado de evento futuro e incerto. Na singularidade do caso, a ata de julgamento do RE 574.706/PR e sua ementa foram publicadas (20.03.17 e 02.10.17) e nestas constou claramente a própria tese assentada pela Suprema Corte ("o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins"), de modo que tornou-se de conhecimento público o pensamento do STF na parte, a permitir a aplicação do tema aos demais casos em tramitação que versem sobre a mesma causa de pedir. Noutras palavras, o Poder Judiciário tem *segurança* para aplicar o quanto decidido pela Suprema Corte em sede vinculativa.

2. No âmbito do STJ o resultado do RE 574.706/PR já provocou o *realinhamento da jurisprudência* dessa Corte, que está aplicando a decisão do STF (AgInt no REsp 1355713/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 24/08/2017 - AgInt no AREsp 380.698/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 28/06/2017) até mesmo em sede de embargos de declaração (EDcl no AgRg no AREsp 239.939/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 02/08/2017) e de decisões unipessoais (AgInt no AgRg no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.534.105/PB, j. 06/06/2017, Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 02/08/2017).

3. Mais que tudo, *no próprio STF* vem sendo dada eficácia ao desfecho do RE nº 574.706/PR independentemente da publicação de acórdão ou de trânsito em julgado dessa decisão. Confiram-se as seguintes decisões unipessoais: ARE 1054230, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 23/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-142 DIVULG 28/06/2017 PUBLIC 29/06/2017 - RE 939742, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-141 DIVULG 27/06/2017 PUBLIC 28/06/2017 - RE

1028359, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 26/05/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 30/05/2017 PUBLIC 31/05/2017 - RE 363988, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 28/04/2017, publicado em DJe-093 DIVULG 04/05/2017 PUBLIC 05/05/2017

4. A jurisprudência firmada na Suprema Corte a respeito da matéria (RE nº 574.706/PR e RE nº 240.785/MG) deve ser aplicada, eis que caracterizada a violação, pelo acórdão rescindendo, do art. 195, I, da Constituição Federal, sendo mister reconhecer à impetrante o direito de não se submeter à tributação do PIS/COFINS com a inclusão do ICMS em sua base de cálculo.

5. Assentado o ponto, deve lhe ser reconhecido também o direito à repetição e compensação dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram a base de cálculo composta de valores recolhidos a título de ICMS . A correção do indébito deverá ser feita pela *Taxa SELIC* (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistemática da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o *prazo prescricional quinquenal* (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012); a *incidência do art. 170-A do CTN* (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016); e a *impossibilidade de compensar débitos previdenciários* - art. 26 da Lei 11.457/07 (AgRg no REsp. 1.573.297/SC, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 13.5.2016 - AgInt nos EDcl no REsp 1098868/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 06/02/2017).

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, exercer o juízo de retratação e negar provimento aos apelos e ao reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de abril de 2018.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Johonsom di Salvo (Relator):

Vieram os autos da Vice-Presidência para que, em juízo de retratação, a Turma readeque o desfecho do processo conforme a decisão plenária do STF no RE 574.706/PR, onde foi firmada a tese de que "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

Segue ementa do julgado passível de retratação:

> TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE.
> - Possibilidade do julgamento do presente mandamus, tendo em vista que a liminar proferida nos autos da ADC n. 18, suspendendo o julgamento das ações cujo objeto seja a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, como é a hipótese em tela, foi prorrogada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 25.03.2010, tendo expirado o prazo de sua eficácia
> - A existência de repercussão geral no RE 574706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito dos demais tribunais.
> - A inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS é matéria pacificada pelo E. STJ que tem decisões favoráveis e unânimes a respeito e duas Súmulas nº 68 e n º 94.
> - Apelação da União e remessa oficial providas.
> - Apelação da impetrante prejudicada

Determinei a oitiva das partes.

De relevante tem-se que a Procuradoria da Fazenda Nacional pede o sobrestamento do feito até que ocorra a publicação do acórdão de eventuais Embargos de Declaração que, futuramente, deverão ser opostos pela União no RE 574.706/PR, os quais irão versar sobre a modulação dos efeitos da tese da repercussão geral.

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Johonsom di Salvo (Relator):

Não há viabilidade para a suspensão do julgamento deste feito, à conta do resultado de evento futuro e incerto.

Na singularidade do caso, a ata de julgamento do RE 574.706/PR e sua ementa foram publicadas (20.03.17 e 02.10.17) e nestas constou claramente a própria tese assentada pela Suprema Corte ("o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins"), de modo que tornou-se de conhecimento público o pensamento do STF na parte, a permitir a aplicação do tema aos demais casos em tramitação que versem sobre a mesma causa de pedir. Noutras palavras, o Poder Judiciário tem *segurança* para aplicar o quanto decidido pela Suprema Corte em sede vinculativa.

Tanto isso é certo que no âmbito do STJ o resultado do RE 574.706/PR já provocou o *realinhamento* da jurisprudência dessa Corte, que está aplicando a decisão do STF (AgInt no REsp 1355713/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 24/08/2017 - AgInt no AREsp 380.698/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 28/06/2017) até mesmo em sede de embargos de declaração (EDcl no AgRg no AREsp 239.939/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 02/08/2017) e de decisões unipessoais (AgInt no AgRg no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.534.105/PB, j. 06/06/2017, Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 02/08/2017).

Destaco que no âmbito do STF sempre se entendeu pela possibilidade de aplicação de precedente firmado pelo Plenário para o julgamento imediato de causas que versassem sobre o mesmo tema, independente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma (ARE 673256 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 08/10/2013, PRO-

CESSO ELETRÔNICO DJe-209 DIVULG 21-10-2013 PUBLIC 22-10-2013 - ARE 930647 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 08-04-2016 PUBLIC 11-04-2016).

Essa jurisprudência ancestral do STF mantém-se indene mesmo após a superveniência do CPC/15, como segue:

> ... A existência de precedente firmado pelo Tribunal Pleno da Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre a mesma matéria, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma. 3. Embargos de declaração rejeitados.
> (RE 993773 AgR-ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 08/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-191 DIVULG 28-08-2017 PUBLIC 29-08-2017).

Sucede que no âmbito do próprio STF vem sendo dada eficácia ao desfecho do RE nº 574.706/PR independentemente da publicação de acórdão ou de trânsito em julgado dessa decisão. Confiram-se as seguintes decisões unipessoais:

> *Decisão*: O Plenário desta Corte no RE 574.706, julgado sob a sistemática da repercussão geral (Tema 69), firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". O acórdão do RE 574.706-RG ainda se encontra pendente de formalização e publicação, razão pela qual devem os autos retornar à origem para aplicação da tese firmada em sede de repercussão geral. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja observada a sistemática da repercussão geral. Publique-se. Brasília, 23 de junho de 2017. Ministro Luís Roberto Barroso Relator
> (ARE 1054230, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 23/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-142 DIVULG 28/06/2017 PUBLIC 29/06/2017)

> *Decisão*: ... Cumpre observar, finalmente, no que se refere à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional igualmente versada na presente causa, julgou o RE 574.706/PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, nele fixando tese assim consubstanciada: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS." O exame da presente causa evidencia que o acórdão ora impugnado diverge, no ponto, da diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na análise da matéria em referência. Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, dou parcial provimento ao recurso extraordinário, por estar o acórdão recorrido em confronto com entendimento emanado do Plenário desta Suprema Corte (RE 574.706/PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA), para determinar, em consequência, seja observada, pelo Tribunal "a quo", a orientação jurisprudencial em referência. Publique-se. Brasília, 21 de junho de 2017. Ministro CELSO DE MELLO Relator
> (RE 939742, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-141 DIVULG 27/06/2017 PUBLIC 28/06/2017)

> *Decisão*: ... Quanto a possibilidade de inclusão do referido crédito presumido na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do art. 328, RISTF, determino o retorno dos autos ao Tribunal de origem para aplicação da sistemática da repercussão geral. Brasília, 26 de maio de 2017. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente
> (RE 1028359, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 26/05/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 30/05/2017 PUBLIC 31/05/2017)

Destaco uma decisão monocrática do sr. Ministro Marco Aurélio em que S. Exª julga

o mérito do recurso extraordinário a ele submetido:

> DECISÃO COFINS E PIS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - EXCLUSÃO - APRECIAÇÃO DA MATÉRIA SOB O ÂNGULO DA REPERCUSSÃO GERAL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 574.706/PR - PROVIMENTO.
> 1. Afasto o sobrestamento determinado em 4 de agosto de 2015.
> 2. O Supremo, no recurso extraordinário nº 240.785/MG, de minha relatoria, concluiu, em 8 de outubro de 2014, o julgamento da controvérsia versada neste processo, proclamando, por maioria de votos - 7 a 2 -, a não inclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na base de cálculo da COFINS. Eis a ementa do acórdão: TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS . O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento. O entendimento foi confirmado pelo Pleno, sob o ângulo da repercussão geral, quando do exame do recurso extraordinário nº 574.706-9/PR, relatora a ministra Cármen Lúcia. Na sessão de 15 de março de 2017, proclamou-se a seguinte tese "o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins". O quadro leva à observância, relativamente a este recurso, do que decidido nos paradigmas.
> 3. Provejo o extraordinário para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, reconhecendo ainda o direito de a contribuinte reaver, mediante compensação, os valores já recolhidos e não prescritos, devidamente corrigidos. Sob o ângulo da atualização, observem o mesmo índice utilizado pela Receita na cobrança do tributo. Ficam invertidos os ônus da sucumbência.
> 4. Publiquem. Brasília, 28 de abril de 2017. Ministro MARCO AURÉLIO Relator
> (RE 363988, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 28/04/2017, publicado em DJe-093 DIVULG 04/05/2017 PUBLIC 05/05/2017)

No cenário habitado pelos Tribunais Regionais Federais, constata-se que a decisão do STF (RE 574.706-9/PR) está sendo aplicada em sede de decisão monocrática e de julgamento colegiado (TRF4: TRF4, AC 5012418-92.2013.404.7205, VICE-PRESIDÊNCIA, Relatora MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, juntado aos autos em 22/09/2017 - AG 5050348-89.2017.404.0000, SEGUNDA TURMA, Relator RÔMULO PIZZOLATTI, juntado aos autos em 25/09/2017 - AG 5051968-39.2017.404.0000, SEGUNDA TURMA, Relator SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, juntado aos autos em 22/09/2017; TRF1: AC 0056166-81.2014.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ÂNGELA CATÃO, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL EDUARDO MORAIS DA ROCHA (CONV.), SÉTIMA TURMA, e-DJF1 de 15/09/2017 - AC 0002340-09.2016.4.01.3809 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HERCULES FAJOSES, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 de 15/09/2017 - AMS 0056564-55.2015.4.01.3800 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCOS AUGUSTO DE SOUSA, OITAVA TURMA, e-DJF1 de 01/09/2017).

Portanto, não há qualquer espaço para que haja o sobrestamento deste julgamento.

No mais, a jurisprudência firmada na Suprema Corte a respeito da matéria (RE nº 574.706/PR e RE nº 240.785/MG) fica aqui *expressamente aplicada*, além do que, destaco para melhor esclarecimento, que o direito à repetição independe da prova do não repasse do encargo tributário ao consumidor ou da autorização deste, visto o PIS/COFINS ter como fato gerador a *auferição de receita* pelo contribuinte, caracterizando-o como tributo cujo encargo não permite transferência para fins de incidência do art. 166 do CTN.

Com efeito, para a caracterização do tributo como indireto e da necessidade do preenchi-

mento dos requisitos previstos no aludido artigo, faz-se necessária a translação da obrigação tributária perante t*erceiro vinculado a seu fato gerador, no momento de sua ocorrência*, como ocorre quanto ao ICMS e o adquirente da mercadoria e quanto ao IPI e o adquirente do produto industrializado. Não se confunde com a mera transferência para a aquisição do lucro empresarial, quando o preço é composto por todas as despesas empresariais - incluindo os tributos suportados pelo empresário - para se delimitar a margem de lucro a ser alcançada. Enfim, pode-se também afirmar que PIS e COFINS são tributos diretos porque os fatos geradores não envolvem a figura do contribuinte de fato.

Por fim, o entendimento firmado pelo STF aplica-se tanto ao regime cumulativo quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS. A alteração promovida pela Lei 12.973/14 no art. 3º da Lei 9.718/98, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei 1598/77 para a receita bruta - o resultado da venda de bens e serviços e de demais operações relativas ao objeto social do contribuinte - em nada altera a conclusão alcançada pelo STF, permanecendo incólume a incidência do PIS/COFINS sobre a receita operacional, nos termos então dispostos pela Lei 9.718/98 antes da novidade legislativa. Nesse sentido: AC 2015.61.00.017054-2/SP / TRF3 - SEXTA TURMA / DES. FED. JOHONSOM DI SALVO / D.E. 14.03.17.

Assentado o ponto, é mister reconhecer à impetrante o direito à repetição e compensação dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram a base de cálculo composta de valores recolhidos a título de ICMS. A correção do indébito deverá ser feita pela *Taxa SELIC* (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistemática da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o *prazo prescricional quinquenal* (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012) e a *incidência do art. 170-A do CTN* (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016).

O direito ao creditamento independe do pagamento efetivo do ICMS junto à Fazenda Estadual, porquanto o entendimento do STF cinge-se a não configuração dos valores do imposto lançados contabilmente como faturamento ou receita a ensejar a incidência do PIS/COFINS. O eventual inadimplemento não exclui o direito ao crédito daquelas contribuições, porquanto os valores de ICMS foram ofertados à tributação ainda que eventualmente não transferidos ao Estado.

Registre-se a impossibilidade de, nos termos da jurisprudência do STJ, compensarem-se os créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal - hoje RFB - com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei 11.457/07. Precedentes: AgRg no REsp. 1.573.297/SC, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 13.5.2016 - AgInt nos EDcl no REsp 1098868/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 06/02/2017.

Pelo exposto, voto para exercer o juízo de retratação e negar provimento às apelações e ao reexame necessário, mantendo-se a r. sentença em seu inteiro teor.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0000233-57.2009.4.03.6112
(2009.61.12.000233-8)

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelada: PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTO ANASTÁCIO - SP
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
Classe do Processo: Ap 2034549
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/04/2018

EMENTA

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TAXA DE LICENÇA E. PODER DE POLÍCIA. BASE DE CÁLCULO. NATUREZA DA ATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO PROVIDO.
- Relativamente ao procedimento administrativo, observo que não há obrigatoriedade legal para a sua instauração. O tributo exigido nestes autos se sujeita ao lançamento de ofício e é feito com base nas informações contidas no cadastro do munícipio. Após a notificação, tem o contribuinte, a oportunidade para impugnar a exigência se a considerar indevida, de modo que não subsiste a alegada violação aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, incisos LIV e LV, da CF
- O Supremo Tribunal Federal, na forma do artigo543-B do CPC/73, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 588.322/RO, firmou entendimento sobre a legalidade da exigência da taxa decorrente do poder de polícia, na forma do artigo 145, inciso II, da CF, desde que efetivo o seu exercício, demonstrado pela existência de órgão e estrutura competentes para a sua realização (RE 588322, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 16.06.2010 DJe 02.09.2010).
- A base de cálculo configura um dos elementos da hipótese de incidência e é a medida legalmente estabelecida que permite dimensionar, juntamente com a alíquota, a quantificação do valor devido. Em relação às taxas, explica Geraldo Ataliba (*in* Hipótese de Incidência Tributária, Sexta Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 150) que: se a hipótese de incidência da taxa é só uma atuação estatal, referida a alguém, a sua base imponível é uma dimensão qualquer da própria atividade do estado: custo, valor ou grandeza (da própria atividade) [grifei]. Assim, a base de cálculo da taxa decorrente do exercício do poder de polícia deve ter por medida o custo da atividade desenvolvida pelo ente estatal.
- De acordo com o artigo 98 da Lei Municipal nº 1.005/83 (Código Tributário do Município de Santo Anastácio) e da Lei Complementar nº 07/1993 que a base de cálculo da taxa de licença será o tipo de atividade desenvolvida pelo administrado. No entanto, tal escolha está desvinculada da atividade estatal, na medida em que não reflete o custo do exercício do poder de polícia e está em desacordo com os artigos 77 e 78 do CTN, razão pela qual deve ser afastada. Precedentes desta corte.
- Devido à reforma da sentença, é de rigor a reversão da sucumbência, para condenar a municipalidade ao pagamento dos honorários advocatícios.
- 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 maioria, dar provimento à apelação para julgar procedentes os embargos à execução e afastar a cobrança da taxa de licença de localização e funcionamento, bem como para fixar a verba honorária em R$900,00, nos termos do voto do Relator, com quem votaram a Des. Fed. Marli Ferreira e, convocados na forma dos artigos 53 e 260, §1º do RITRF3, a Des. Fed. Consuelo Yoshida e o Des. Fed. Johonsom Di Salvo, vencida a Des. Fed. Mônica Nobre, que negava provimento à apelação.

São Paulo, 07 de dezembro de 2017.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Apelação interposta pela Caixa Econômica Federal - CEF contra sentença que julgou parcialmente procedentes os embargos à execução fiscal, com o reconhecimento da prescrição do débito referente ao ano de 2000. Honorários advocatícios fixados em R$1.000,00, nos termos do artigo 20, §4º, do CPC/73 (fls. 133/139).

Alega, às fls. 152/163, que:

a) a taxa instituída com fundamento no poder de polícia deve ter como base de cálculo apenas o efetivo custo de seu exercício, de acordo com o previsto no artigo 78 do CTN;

b) nos termos dos artigos 98 da Lei Municipal nº 1.005/83 e da Lei Complementar nº 07/1993, a base de cálculo da taxa será quantificada mediante aplicação do valor de referência que varia conforme a natureza da atividade, *in casu*, estabelecimento bancário, de financiamento, investimentos;

c) o tributo exigido é indevido, pois a base de cálculo utiliza elementos próprios de impostos, o que viola os artigos 145, § 2º, e 156, da CF;

d) o lançamento é nulo, porquanto não houve a instauração de procedimento administrativo prévio com o objetivo de apurar o custo da atividade de polícia efetivamente desempenhada pelo poder público, situação que também afronta os princípios do devido processo legal e da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, incisos LIV e LV, da CF).

Por fim, prequestiona os artigos 1º, inciso IV, 5º, incisos LIV e LV, 37 e 142, § 2º, da Constituição, 77, 78, 113, §1º, 114, 142, 151, inciso V, e 174 do CTN.

Em contrarrazões (fls. 207/208), a municipalidade requer o desprovimento do recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Embargos à execução fiscal opostos pela Caixa Econômica Federal com vista ao reconhecimento da ilegalidade da exigência da taxa de licença exigida pelo Município de Santo Anastácio/SP.

I - Da nulidade do lançamento

Inicialmente, no tocante ao procedimento administrativo, observo que não há obrigatoriedade legal para a sua instauração. O tributo exigido nestes autos se sujeita ao lançamento de ofício e é feito com base nas informações contidas no cadastro do munícipio. Após a notificação, tem o contribuinte a oportunidade para impugnar a exigência se a considerar indevida, de modo que não subsiste a alegada violação aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, incisos LIV e LV, da CF).

II - Da taxa de licença e funcionamento

O Supremo Tribunal Federal, na forma do artigo 543-B do CPC/73, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 588.322/RO firmou entendimento sobre a legalidade da exigência da taxa decorrente do poder de polícia, na forma do artigo 145, inciso II, da CF, desde que efetivo o seu exercício, demonstrado pela existência de órgão e estrutura competentes para a sua realização, *verbis*:

> 1. Repercussão geral reconhecida.
> 2. Alegação de inconstitucionalidade da taxa de renovação de localização e de funcionamento do Município de Porto Velho.
> 3. Suposta violação ao artigo 145, inciso II, da Constituição, ao fundamento de não existir comprovação do efetivo exercício do poder de polícia.
> 4. O texto constitucional diferencia as taxas decorrentes do exercício do poder de polícia daquelas de utilização de serviços específicos e divisíveis, facultando apenas a estas a prestação potencial do serviço público.
> *5. A regularidade do exercício do poder de polícia é imprescindível para a cobrança da taxa de localização e fiscalização.*
> *6. À luz da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, a existência do órgão administrativo não é condição para o reconhecimento da constitucionalidade da cobrança da taxa de localização e fiscalização, mas constitui um dos elementos admitidos para se inferir o efetivo exercício do poder de polícia, exigido constitucionalmente. Precedentes.*
> 7. O Tribunal de Justiça de Rondônia assentou que o Município de Porto Velho, que criou a taxa objeto do litígio, é dotado de aparato fiscal necessário ao exercício do poder de polícia.
> *8. Configurada a existência de instrumentos necessários e do efetivo exercício do poder de polícia.*
> *9. É constitucional taxa de renovação de funcionamento e localização municipal, desde que efetivo o exercício do poder de polícia, demonstrado pela existência de órgão e estrutura competentes para o respectivo exercício*, tal como verificado na espécie quanto ao Município de Porto Velho/RO
> 10. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.
> (RE 588322, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 16.06.2010 DJe 02.09.2010, destaquei)

Relativamente à base de cálculo da taxa, aduz a apelante a sua ilegalidade, dado que a natureza da atividade desenvolvida ou número de empregados do estabelecimento não podem ser elementos para a mensuração do tributo.

A base de cálculo configura um dos elementos da hipótese de incidência e é a medida legalmente estabelecida que permite dimensionar, juntamente com a alíquota, a quantificação do valor devido. Em relação às taxas, explica Geraldo Ataliba (*in* Hipótese de Incidência Tributária, Sexta Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 150) que: se a hipótese de incidência da taxa é só uma atuação estatal, referida a alguém, a *sua base imponível é uma dimensão qualquer da própria atividade do estado: custo, valor ou grandeza* (da própria

atividade) [grifei]. Assim, a base de cálculo da taxa decorrente do exercício do poder de polícia deve ter por medida o custo da atividade desenvolvida pelo ente estatal.

No caso, de acordo com os artigos 98, 99 e 108 da Lei Municipal nº 1.005/83 (Código Tributário do Município de Santo Anastácio), este último alterado sucessivamente pelos artigos 1º da Lei Municipal nº 1.348/90 e 1º da Lei Complementar nº 07/1993 (fls. 28/38), a base de cálculo da taxa de licença será o tipo de atividade desenvolvida pelo administrado. No entanto, entendo que tal escolha está desvinculada da atividade estatal, na medida em que não reflete o custo do exercício do poder de polícia e está em desacordo com os artigos 77 e 78 do CTN, razão pela qual deve ser afastada. Nesse sentido:

> PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÕES. ECT E MUNICIPALIDADE. TAXA DE LOCALIZAÇÃO, INSTALAÇÃO E FUNCIONAMENTO. CONSTITUCIONALIDADE. BASE DE CÁLCULO VINCULADA A ATIVIDADE DESENVOLVIDA. ILEGALIDADE. RECURSO PROVIDO. PREJUDICADA APELAÇÃO DO MUNICÍPIO.
> (...)
> - O texto constitucional diferencia as taxas em razão do exercício do poder de polícia daquelas decorrentes da utilização de serviços específicos e divisíveis, facultando apenas a estas a prestação potencial do serviço público (art. 145, II, da CF). Portanto, a regularidade do exercício do poder de polícia é imprescindível para a cobrança da taxa de localização e fiscalização.
> - "A materialização da atividade fiscalizadora é necessária, sob pena de se esvaziar o comando constitucional, mediante indevida equiparação das duas subespécies tributárias" (RE 588.322, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 03/09/2010).
> - O exercício do poder de polícia deverá ser efetivo e concreto, em razão de sua natureza de serviço público preventivo, exercido em prol da coletividade.
> - No que se refere à necessidade de comprovação do efetivo exercício do poder de polícia, vale destacar a orientação assentada pelo E. STF, no sentido da constitucionalidade de taxa de renovação de funcionamento e localização municipal, desde que haja efetivo exercício do poder de polícia, o que se verifica pela existência de órgão e estrutura competentes para esse exercício.
> - *Da análise da certidão de dívida ativa (fls. 03/04 dos autos em apenso), observa-se que as notificações nº 367401 e nº 4951 foram lavradas com fundamento nos artigos 245 e 250 da Lei Municipal nº 1.745/77 que estabelece a apuração da base de cálculo da taxa impugnada decorrente da natureza da atividade, o que desnatura a TLIF, na medida em que sua base de cálculo deve se vincular a uma atividade exercida pelo Estado, guardando correlação razoável com o seu custo.*
> (...)
> - Apelação provida. Prejudicado recurso do Município.
> (AC 0006183-32.2013.4.03.6104, Quarta Turma, Rel. Des. Fed. Mônica Nobre, j. 15.03.2017, e-DJF3 Judicial 1 de 28.03.2017, destaquei).
>
> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO. TAXA DE LICENÇA PARA LOCALIZAÇÃO. MUNICÍPIO DE PERUÍBE.
> (...)
> 2. É pacífico o entendimento no sentido de que a taxa de licença não pode ter por base de cálculo elementos que não digam respeito ao custo da atividade estatal, tal como os estipulados pelo dispositivo quanto à natureza da atividade ou à capacidade econômica do contribuinte. Precedentes da Turma
> 3. Apelação improvida.
> (APELREEX 0002466-85.2008.4.03.6104, Terceira Turma, Rel. Juiz Fed. Conv. Claudio Santos, j. 14.07.2011, e-DJF3 Judicial 1 de 22.07.2011, destaquei).

Por fim, as questões relativas aos artigos 1º, inciso IV, 37 e 142, § 2º, e 156 da Constituição, 77, 78, 113, §1º, 114, 142, 151, inciso V, e 174 do CTN, alegados pela apelante, não têm o condão de alterar tal entendimento pelas razões já indicadas.

III - Dos honorários advocatícios

Devido à reforma da sentença, é de rigor a reversão da sucumbência, para condenar a municipalidade ao pagamento dos honorários advocatícios. Assim, considerados o trabalho realizado, o valor dado à ação (R$ 18.074,87), a natureza da causa, bem como o disposto no artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, fixo verba honorária em R$ 900,00, pois propicia remuneração adequada e justa ao profissional, bem como superior a 1% (um por cento do valor da causa), consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1260297/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 15.09.2011, DJe 19.09.2011 e AgRg no Ag 1371065/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, j. 25.10.2011, DJe 28.10.2011).

IV - Do dispositivo

Ante o exposto, dou provimento à apelação para julgar procedentes os embargos à execução e afastar a cobrança da taxa de licença de localização e funcionamento, bem como para fixar a verba honorária em R$ 900,00.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE:

Com efeito, o artigo 145, inciso II, da Constituição Federal aponta as hipóteses de incidência possíveis para a cobrança de taxas, nos seguintes termos:

> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
> (...).
> II - Taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestado ao contribuinte ou postos a sua disposição.

Nessa medida, observa-se que o texto constitucional diferencia as taxas em razão do exercício do poder de polícia daquelas decorrentes da utilização de serviços específicos e divisíveis, facultando apenas a estas a prestação potencial do serviço público. Portanto, a regularidade do exercício do poder de polícia é imprescindível para a cobrança da taxa de localização e fiscalização.

Na verdade, "a materialização da atividade fiscalizadora é necessária, sob pena de se esvaziar o comando constitucional, mediante indevida equiparação das duas subespécies tributárias" (RE 588.322, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 03/09/2010).

Observa-se, assim, que o exercício do poder de polícia deverá ser efetivo e concreto, em razão de sua natureza de serviço público preventivo, exercido em prol da coletividade.

No que se refere à necessidade de comprovação do efetivo exercício do poder de polícia, vale destacar a orientação assentada pelo E. Supremo Tribunal Federal, no sentido da constitucionalidade de taxa de renovação de funcionamento e localização municipal, desde que haja efetivo exercício do poder de polícia, o que se verifica pela existência de órgão e estrutura competentes para esse exercício.

A propósito destaco julgado do Pretório Excelso:

> EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TAXA DE LICENÇA PARA LOCALIZAÇÃO DE ESTABELECIMENTO. CONSTITUCIONALIDADE. BASE DE CÁLCULO. PROPORCIONALIDADE COM O CUSTO DA ATIVIDADE ESTATAL DE FISCALIZAÇÃO. PRECEDENTES.
> 1. Nos termos da jurisprudência da Corte, a taxa de renovação de licença de funcionamento é constitucional, desde que haja o efetivo exercício do poder de polícia, o qual é demonstrado pela mera existência de órgão administrativo que possua estrutura e competência para a realização da atividade de fiscalização.
> 2. A base de cálculo da taxa de fiscalização e funcionamento fundada na área de fiscalização é constitucional, na medida em que traduz o custo da atividade estatal de fiscalização. Quando a Constituição se refere às taxas, o faz no sentido de que o tributo não incida sobre a prestação, mas em razão da prestação de serviço pelo Estado. A área ocupada pelo estabelecimento comercial revela-se apta a refletir o custo aproximado da atividade estatal de fiscalização.
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (RE 856185 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-190 DIVULG 23-09-2015 PUBLIC 24-09-2015)

A cobrança da taxa de licença para localização, relativa aos exercícios de 2000 a 2003, está fundamentada nos artigos 94 e 98 da Lei Municipal nº 1.005/83 (Código Tributário do Município de Santo Anastácio), e é estabelecida em relação a fator especificamente ligado à atividade fiscalizatória do poder público para a concessão ou renovação da licença. É o que se depreende da leitura dos artigos 94 e 98:

> Artigo 94 - As taxas de licença tem como fato gerador o efetivo exercício regular do poder de polícia administrativa do Município, mediante a realização de diligências, exames, inspeções, vistorias e outros atos administrativos.
>
> Artigo 98 - A base de cálculo das taxas de polícia administrativa do Município é o custo estimado da atividade despendida com o exercício regular do poder de polícia.

Note-se que a controvérsia centrada na natureza da atividade do contribuinte como base de cálculo do tributo municipal foi considerada constitucional pelo E. Supremo Tribunal Federal, quando da análise de caso similar. Nesse sentido:

> Direito tributário. 2. Agravo regimental em recurso extraordinário. 3. Taxa de licença para localização de estabelecimento. Lei municipal nº 13.477/02. Constitucionalidade. Base de cálculo. Proporcionalidade com o custo da atividade estatal de fiscalização. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento
> (RE 906257 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 07-04-2016 PUBLIC 08-04-2016)

Assim, de rigor a manutenção da r. sentença que considerou legítima a exigência da taxa de licença de localização e funcionamento dos exercícios de 2000 a 2003, já que amparada pela Lei Municipal nº 1.005/83, cujo critério para aferição da aludida base de cálculo é legítimo.

Por fim, no que tange ao prequestionamento de matéria federal e constitucional, o recurso foi apreciado em todos os seus termos, pelo que atende a pretensão ora formulada neste mister.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, nos termos da fundamentação.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE

APELAÇÃO CÍVEL
0014763-42.2014.4.03.6128
(2014.61.28.014763-6)

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelada: PREFEITURA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ - SP
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA JUNDIAÍ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
Relatora para o Acórdão: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: Ap 2224736
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/04/2018

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NOTIFICAÇÃO MENDIANTE ENTREGA DO CARNÊ. POSSIBILIDADE. IPTU. RFFSA. EXISTÊNCIA DE CARÁTER ECONÔMICO E FINALIDADE LUCRATIVA. POSSIBILIDADE DE TRIBUTAÇÃO.
1. O E. Superior Tribunal de Justiça, em regime de julgamento de recursos repetitivos, à luz do artigo 543-C, da lei processual, já pacificou o entendimento de que o ônus da prova do não-recebimento da cobrança das guias de cobrança das taxas e tarifas municipais recai exatamente sobre o contribuinte (Precedente: AgRg no REsp 1179874/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 28/09/2010).
2. Dada a natureza de sociedade anônima da RFFSA, vinha entendendo que sua atividade ostentava cunho econômico e, portanto, visada ao lucro, o que, por conseguinte, impedia que a empresa se beneficiasse da imunidade tributária recíproca (CF/88, art. 150, VI, "a", §§ 2º e 3º).
3. O STF, mais precisamente em 12/08/2016, em sede de exame de repercussão geral no RE 959.489, por meio de seu Plenário, decidiu que o tema envolvendo a suposta imunidade recíproca da RFFSA não é de índole constitucional e, por tal motivo, não é dotado de repercussão geral.
4. Não mais aplicável como razão de decidir a posição antes explicitada pelo STF no RE nº 943.885, justamente porque suas bases repousam na questão constitucional, tendo a Excelsa Corte frisado, repita-se, por seu órgão Plenário, que a solução do tema não requer o emprego das normas da mais alta hierarquia do sistema jurídico.
5. Possibilidade de tributação do patrimônio, da renda e dos serviços prestados pela extinta RFFSA, ante a existência de caráter econômico e finalidade lucrativa.
6. Caberá a União, na qualidade de sucessora da obrigação tributária, a responsabilidade pelo pagamento dos débitos em cobro na execução fiscal.
7. O E. Superior Tribunal de Justiça, em regime de julgamento de recursos repetitivos, à luz do artigo 543-C, da lei processual, já pacificou o entendimento de que o ônus da prova do não-recebimento da cobrança das guias de cobrança das taxas e tarifas municipais recai exatamente sobre o contribuinte (Precedente: AgRg no REsp 1179874/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 28/09/2010).
8. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. Marli Ferreira, com quem votaram os Des. Fed. Marcelo Saraiva e, na forma dos artigos 53 e 260, § 1º do RITRF3, a Des. Fed. Consuelo Yoshida. Vencido o Des. Fed. André Nabarrete (Relator) e convocado na forma dos artigos 53 e 260, § 1º do RITRF3, o Des. Fed. Johonsom Di Salvo, que davam provimento à apelação.

São Paulo, 07 de dezembro de 2017.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Trata-se de apelação interposta pela *União* contra sentença que julgou improcedente o pedido veiculado nos embargos à execução fiscal e extinguiu o processo, com resolução do mérito, nos termos de artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973. Condenou a parte embargante na verba honorária fixada em R$ 1.000,00, com fulcro no artigo 20, § 4º, do Estatuto Processual Civil.

Irresignada, a apelante sustenta:

a) a inscrição do débito em dívida ativa e a certidão são absolutamente nulas por falta de comprovação do lançamento e notificação do crédito tributário ao sujeito passivo e o ônus da prova da existência da notificação do lançamento fiscal é do Município de Jundiaí;

b) o imóvel sobre o qual recaiu a cobrança impugnada foi incorporado ao patrimônio da União, sucessora da extinta Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA, nos termo do artigo 2º da Medida Provisória nº 353, de 22 de janeiro de 2007, convertida na Lei nº 11.483, de 31 de maio de 2007, de modo que não há que se falar em incidência de IPTU do exercício financeiro de 2007, ante a imunidade recíproca dos entes públicos prevista na Constituição Federal;

c) a fixação da verba honorária deve ser harmoniosa e atender a razoabilidade, motivo pelo qual, se mantiver a sentença recorrido, pede-se a sua diminuição;

d) a manutenção da sentença nega vigência aos artigos 186, 927, 944 do Código Civil e 20, § 4º, do Código de Processo Civil, tais dispositivos ficam prequestionados para eventual interposição de recursos excepcionais;

Requer o provimento do apelo.

Com contrarrazões da municipalidade (fls. 57/71), nas quais aduz:

a) todos os anos o Município de Jundiaí encaminha a notificação do lançamento do imposto e taxa juntamente com os carnês de IPTU aos proprietários de bens imóveis no âmbito urbano e, quando não encontrados, a municipalidade publica editais de notificação na imprensa oficial;

b) restou assentado no RE nº 599.176/PR, que teve a repercussão geral reconhecida, a imunidade não retroage para atingir os anos anteriores à ocorrência da sucessão da Rede Ferroviária pela União, já que se trata de situação consolidada pelo ato jurídico perfeito e o imposto devido é do ano de 2007;

c) a União que é imune aos impostos municipais, somente pode se beneficiar a partir

do momento em que sucedeu a RFFSA, ou seja, 2008, uma vez que a lei não pode atribuir efeitos retroativos;

d) a RFFSA, assim como a FEPASA, era sociedade de economia mista, submetida ao regime jurídico privado, como determina o artigo 173, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, o qual proíbe que tais entes gozem de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado;

e) a regra instituída pelo § 3º do artigo 150 da Constituição determina que não incide a imunidade quando haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel;

f) é público e notório que a FEPASA/RFFSA atuava no transporte ferroviário de passageiros e de cargas, porém predominantemente em cargas, o que denota que o serviço prestado tinha caráter nitidamente econômico e de atividade econômica;

g) se o serviço prestado tinha caráter de exploração da atividade econômica, dessa forma não fazia jus à imunidade;

h) o serviço de transporte ferroviário há décadas é "privatizado", ou melhor, no termo utilizado pelos programas elaborados pelo governo federal "desestatizado", o que denota a pluralidade de prestadores de tais serviços;

i) se conferida imunidade tributária à FEPASA/RFFSA, seria atribuir um benefício a uma entidade em detrimento de outras que praticam a mesma atividade em iguais condições e privilegiar a sociedade de economia mista em prejuízo de empresas atuantes no mesmo setor, para que não houvesse ofensa ao artigo 150, inciso II, da CF e ao princípio da isonomia tributária, o que seria inaceitável, uma vez que a imunidade não se aplica às concessionárias de serviço público;

j) apesar da concessão do serviço à iniciativa privada, os imóveis continuaram a pertencer à Rede Ferroviária Federal, extinta em 2007, quando, a partir deste ano, seu patrimônio foi transferido à União;

l) no julgamento do RE nº 599.176/PR, o Ministro Joaquim Barbosa afastou a alegação da União de que na época em que foi constituído o débito a RFFSA já não exercia atividade concorrencial, pois afirmou que a CF não admite imunidade recíproca para entidade que cobre preço ou tarifa do usuário e preveja remuneração de seu capital;

m) com relação à verba honorária fixada em R$ 1.000,00, a sentença merece ser mantida, de modo que não há que se falar em diminuição do seu valor, sob pena de se arbitrar valor ínfimo;

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Embargos à execução fiscal opostos pela União contra o Município de Jundiaí, em 20/10/2014, por meio da qual objetiva a não cobrança de IPTU relativo a imóvel pertencente à extinta RFFSA.

A certidão de dívida ativa é apta a aparelhar a ação de execução fiscal, eis que satisfaz o disposto nos artigos 2º, §§ 5º e 6º, da Lei nº 6.830/80 e 202 do Código Tributário Nacional.

I - Da notificação

Quanto à notificação do tributo, é certo que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.111.124/PR, representativo da controvérsia, que foi submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, assentou o entendimento de que a remessa, ao endereço do contribuinte, do carnê de pagamento do IPTU é ato suficiente para a notificação do lançamento tributário (REsp 1.111.124/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 22/04/2009, DJe 04/05/2009). Também editou a Súmula nº 397, com a consolidação do seu posicionamento sobre a matéria: "O contribuinte do IPTU é notificado do lançamento pelo envio do carnê ao seu endereço" (Primeira Seção, j. 23.09.2009, DJe 07.10.2009).

A União afirma, todavia, que não recebeu o carnê para pagamento dos tributos municipais. Destarte, não é possível presumir a remessa do carnê ao sujeito passivo que alega não o ter recebido, dado que não foi demonstrada a sua emissão pelo apelado (frise-se que o que se presume é a notificação pelo envio e não o próprio envio). Confira-se:

> TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IPTU. LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NOTIFICAÇÃO. EDITAL. EXCEPCIONALIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 387/STJ. VERIFICAÇÃO DE FATOS E PROVA S. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.
> 1. Nos termos do art. 145 do CTN, o contribuinte deverá ser notificado pessoalmente e por escrito do lançamento do crédito tributário, somente sendo permitida a notificação por edital quando se encontrar em lugar incerto e não sabido.
> 2. Não é possível, no caso, a aplicação do entendimento exposto na Súmula 397 do STJ (O contribuinte do IPTU é notificado do lançamento pelo envio do carnê ao seu endereço), porquanto estabelecido na instância *a quo* que não há prova da remessa do carnê. Nessas circunstâncias, a verificação dos aspectos fático-probatórios da causa esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no REsp 1233778/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 23/08/2011, DJe 30/08/2011, destaquei).

Além disso, é inexigível a produção de prova de fato negativo, situação que afasta a aplicação do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época. (STJ, AgRg no Ag 1022208/GO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. em 21/10/2008, DJe 21/11/2008). Por fim, a menção ao edital de notificação não altera a conclusão ora adotada, pois da mesma forma não demonstra o envio do carnê nem a ciência quanto aos tributos, já que nem mesmo trata do imóvel em questão nestes autos.

Ainda que assim não fosse, incide na espécie a imunidade recíproca.

II - Da imunidade tributária

Ab initio, impende registrar o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 599.176/PR. A corte analisou o tema da imunidade recíproca (artigo 150, CF/1988) quando ocorrida a sucessão tributária e, consequentemente, a assunção de débitos exacionais pelo sucessor. *O julgado, portanto, ficou adstrito à aplicação retroativa dos efeitos da imunidade*. Confira-se o posicionamento dos Ministros Luiz Fux e Carmem Lúcia na votação do representativo, *verbis*:

> *Ministro Luiz Fux* - Vossa Excelência deu provimento, porque analisou o recurso sob o ângulo da responsabilidade pela sucessão. Vossa Excelência não analisou, digamos assim, a natureza jurídica da Rede Ferroviária Federal, que levaria a Corte ao raciocínio no sentido de que, se ela já era imune - ninguém pode transferir mais do que tem nem menos do que tem -, então, ela transferiria também a imunidade dela. Mas, não é isso que está em jogo. *O que está em*

> *jogo é saber se o adquirente responde tributariamente pelas obrigações do predecessor. E é isso que está em jogo.*
> (...)
> E há um outro aspecto, quer dizer, as regras imunizantes, elas são efetivamente de interpretação restrita. Não está em jogo aqui a questão subjacente do pacto federativo, e o Ministro Teori Zavascki citou, com muita propriedade, *que nós não analisamos esses antecedentes que a Suprema Corte chancelou quanto à possibilidade de conceder imunidade a empresas públicas e sociedades de economia mista. Não são esses precedentes que estão em jogo.*
> (...)
> De sorte que *essa repercussão geral precisa ficar bem adstrita a esse tema da sucessão*, e, nesse sentido, acompanho Vossa Excelência.
> *Ministra Carmem Lúcia* - Presidente, também acompanho Vossa Excelência com a mesma delimitação, ou seja, *não estamos a discutir a questão nem do serviço público, que era prestado, nem das condições*. Então, voto restrita ao que definiu bem Vossa Excelência, que é a questão da sucessão. Até a sucessão ela era obrigada a pagar, e, portanto, quem sucede, sucede com esses ônus.
> (destaques aditados)

O representativo de controvérsia apreciado versava sobre situação similar à dos presentes autos, qual seja, dívidas tributárias assumidas pela União em razão de ser sucessora da RFFSA, tema analisado, no entanto, somente à luz da possibilidade de aplicação da imunidade "retroativa", uma vez que o sucessor é o ente federal. Ao final, o Pretório Excelso decidiu, à unanimidade, que a imunidade tributária recíproca não afasta a responsabilidade tributária por sucessão nos casos em que *o sujeito passivo era contribuinte regular do tributo devido*. Transcreve-se a ementa:

> CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. INAPLICABILIDADE À RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR SUCESSÃO. ART. 150, VI, A, DA CONSTITUIÇÃO.
> - A imunidade tributária recíproca não exonera o sucessor das obrigações tributárias relativas aos fatos jurídicos tributários ocorridos antes da sucessão (*aplicação "retroativa" da imunidade tributária*).
> - Recurso Extraordinário ao qual se dá provimento. (destaques aditados)
> (STF, RE 599176/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, v.u., julgado em 05/06/2014).

A questão que envolve a assunção das dívidas da RFFSA pela União voltou a ser apreciada pelo Plenário do C. STF na sessão de julgamentos de 12/08/2016, a partir de outra perspectiva. Os ministros analisaram a linha de argumentação expendida pela União, recorrente, atrelada *à natureza dos serviços prestados pela Rede Ferroviária*, com o fito de demonstrar que não era contribuinte regular do imposto objeto da cobrança, *dada a aplicação da imunidade tributária à própria RFFSA*. Em suas razões recursais, sustentou que tal situação, por si só, atrairia a incidência, por extensão, dos normativos que cuidam da não tributação recíproca entre os entes federativos (§ 2º do artigo 150 da CF/1988), a tornar imperativo o reconhecimento da imunidade à Rede Ferroviária. A sucessão pelo ente federal, em consequência, operar-se-ia com os mesmos atributos, à vista do tratamento dispensado pela Magna Carta. Colacionam-se os correlatos dispositivos:

> *Art. 21.* Compete à União:
> (...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
(...)
d) os *serviços de transporte ferroviário* e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
(...)

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;
(...)
§ 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.*
(...)

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
§ 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
§ 2º. As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.
(...)

Art. 175. Incumbe ao *Poder Público*, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a *prestação de serviços públicos*.
(destaques aditados)

O Supremo Tribunal Federal, todavia, ao apreciar a existência de repercussão geral quanto à matéria, tema 909, Recurso Extraordinário nº 959.489/SP - *preenchimento dos pressupostos necessários ao gozo da imunidade tributária recíproca pela Rede Ferroviária Federal S/A* -, exarou entendimento no sentido de que *a questão não tem natureza constitucional*, posto que adstrita ao atendimento pela RFFSA dos requisitos indispensáveis ao gozo da imunidade recíproca (artigo 150, VI, alínea "a", da CF/1988), *análise que se dá em âmbito infraconstitucional* e, além disso, demanda *reexame do conjunto fático-probatório*, incabível na via recursal extraordinária. O julgado restou assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A (RFFSA). PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS AO GOZO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (ART. 150, VI, "A", DA CF/88). MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.
1. *Possui natureza infraconstitucional a controvérsia relativa ao preenchimento, pela Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA), dos pressupostos necessários ao gozo da imunidade tributária recíproca* (art. 150, VI, a, da CF/88).
2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009).
3. *Ausência de repercussão geral da questão suscitada*, nos termos do art. 1.035 do CPC/2015.
(destaques aditados)
(STF, RE 959489, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário, julgado em 12/08/2016).

Transcreve-se, também, excerto do voto do relator, Ministro Teori Zavascki:

(...) 2. O Tribunal de origem decidiu a controvérsia com base no RE 599.176 (Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, DJe de 30/10/2014, Tema 224), no qual foi assentado que a imunidade tributária recíproca não exonera o sucessor das obrigações tributárias relativas aos fatos jurídicos ocorridos antes da sucessão (aplicação retroativa da imunidade tributária). *Neste recurso extraordinário, sustenta-se que a própria pessoa jurídica sucedida, a RFFSA, gozaria de imunidade tributária recíproca em razão de prestar serviços públicos de titularidade da União. Trata-se, portanto, de temática evidentemente diversa daquela decidida no RE 599.176*.
3. *A discussão submetida pela União ao exame do Supremo Tribunal Federal não envolve a interpretação do art. 150, VI, a, da CF/88, mas apenas o exame do preenchimento, no caso concreto, dos pressupostos necessários ao gozo da imunidade tributária recíproca pela RFFSA. Não há, portanto, matéria constitucional a ser analisada, porquanto a controvérsia abordada pelo recurso extraordinário soluciona-se tão somente à luz da interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais pertinentes à RFFSA e do reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência essa vedada nesta via recursal (Súmula 279/STF).* O Supremo Tribunal Federal já pacificou a orientação de que é inviável a apreciação, em recurso extraordinário, de alegada violação a dispositivo da Constituição Federal que, se houvesse, seria meramente indireta ou reflexa, uma vez que é imprescindível a análise de normas infraconstitucionais. Nesse sentido, em casos idênticos:
(...)
4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é possível a *atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Constituição Federal ocorra de forma indireta ou reflexa* (RE 584.608-RG, Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009).
5. Diante do exposto, manifesto-me pela inexistência de repercussão geral da questão suscitada.
(destaques aditados)

Constata-se, assim, não haver decisão do Pretório Excelso sobre a quaestio atinente à imunidade tributária da RFFSA em virtude da *prestação de serviço público de titularidade da União*, o que significa inexistir óbice à resolução da lide sob tal prisma. Ausente qualquer efeito vinculante (artigo 543-B do CPC/1973, vigente à época), à vista do não pronunciamento do STF, *deve a matéria ser resolvida pelas instâncias ordinárias, à luz dos normativos infraconstitucionais de sua regência*. Em consequência, não mais subsiste o entendimento do

Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o tema deve ser apreciado pela Suprema Corte, pois seu deslinde estaria atrelado exclusivamente aos normativos de âmbito constitucional, sob pena se usurpação de sua competência: "muito embora tenham sido citados dispositivos infraconstitucionais, a matéria foi decidida sob enfoque eminentemente constitucional, qual seja, a imunidade tributária, sendo defeso o exame por esta Corte, sob pena de usurpação da competência do Pretório Excelso. Consoante a reiterada jurisprudência desta Corte, não compete ao Superior Tribunal de Justiça, na via do recurso especial, analisar eventual contrariedade a preceito contido na CF/88, tampouco uniformizar a interpretação de matéria constitucional." (STJ, AGREsp 1564468, Rel. Des. Fed. Conv. Diva Malerbi, Segunda Turma, v.u., DJe 09/03/2016. No mesmo sentido: AGAREsp 825427, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, v.u., DJe 26/04/2016; REsp 1575338, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, v.u., DJe 11/03/2016).

Cabe registrar, contudo, que o exame do tema sob o enfoque da legislação ordinária não pode dar-se em descompasso com os normativos da Lei Maior, porque deve a eles se harmonizar, interpretado o ordenamento pátrio de modo a observar e atender à mens legis. Passa-se, assim, a tal análise, para o escopo de verificar o preenchimento, no caso concreto, dos pressupostos infraconstitucionais necessários ao gozo da imunidade tributária pela RFFSA, atinentes à natureza do serviço prestado, com indicação da legislação e, também, dos precedentes históricos pertinentes à solução da controvérsia, considerada sua interpretação em coadunação aos ditames constitucionais, conciliados os regramentos aplicáveis à espécie por meio da interpretação sistemática do ordenamento pátrio.

A exação objeto da presente ação, imposto predial e territorial urbano - IPTU, refere-se a exercício anterior a 2007, quando o imóvel tributado era de propriedade da Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA, *sociedade de economia mista concebida para a exploração de serviços públicos de transporte ferroviário de competência da União* (artigo 21, inciso XII, alínea "d", CF/1988, anteriormente transcrito). Estava funcionalmente vinculada ao Mistério dos Transportes e sua criação foi autorizada pela Lei nº 3.115/1957:

> *Art. 1º*. Fica o Poder Executivo autorizado a constituir, nos termos da presente lei, uma sociedade por ações sob a denominação de *Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima* (R.F.F.S.A.), à qual serão incorporadas as *estradas de ferro de propriedade da União* e por ela administradas, assim como as que venham a ser transferidas ao domínio da União, ou cujos contratos de arrendamento sejam encampados ou rescindidos.
> (destaques aditados)

A RFFSA foi *instituída especificamente para promover e administrar os interesses da União, de natureza exclusiva (artigo 21, XII, "d", CF/1988), concernentes à atividade de transporte ferroviário*. Era constituída pela consolidação de 18 ferrovias regionais e atendeu diretamente, por décadas, a 19 unidades da federação, com atuação em 4 das 5 regiões do país e malha ferroviária de aproximadamente 22 mil quilômetros.

A citada Lei nº 3.115/1957, em seu artigo 7º, "a", determinou ser de sua competência "administrar, explorar, conservar, reequipar, ampliar, melhorar e manter em tráfego as estradas de ferro a ela incorporadas". *Delegou, portanto, a prestação de serviço público essencial atribuído pela Lei Maior exclusivamente à União (consoante o mencionado artigo 21, XII, "d"), cuja execução passou, por disposição da legislação infraconstitucional, à Rede Ferroviária, na forma autorizada pelo artigo 175 da Magna Carta (anteriormente transcrito).*

Sobre a *natureza jurídica da RFFSA*, insta anotar que há dois tipos de sociedade de economia mista, a que é primariamente prestadora de serviço público por outorga estatal e aquela que tem por finalidade principal a exploração de atividade econômica. A Rede Ferroviária era ente da administração pública indireta que prestava de serviço público de relevante interesse da coletividade e, portanto, *não tinha o escopo essencial de auferir lucro, o que não significa vedação à obtenção de rendimentos decorrentes do desempenho de suas atividades legalmente delegadas*.

A Lei nº 3.115/1957 autorizou o poder público a criar a RFFSA e é um dos diplomas regentes não só da forma de sua constituição, como também da própria prestação do serviço ferroviário, abarcada a destinação de eventuais lucros dela auferida. A título ilustrativo, transcreve-se o teor dos artigos 19 e 21, que dispõem sobre a alocação dos rendimentos, acaso obtidos, por meio de rateio entre empregados e acionistas:

> *Art. 19.* Os Estatutos da R.F.F.S.A. prescreverão normas específicas para a participação de seus empregados, qualificados no art. 14, nos lucros da sociedade, as quais deverão prevalecer até que, de modo geral, seja regulamentado o inciso IV do art. 157 da Constituição.
>
> *Art. 21.* Enquanto a União for detentora da totalidade do capital da R.F.F.S.A., os lucros líquidos da sociedade serão considerados reservas, e, quando atingirem Cr$ 10.000.000.000,00 (dez bilhões de cruzeiros) anuais, os lucros líquidos que ela apurar terão o destino fixado neste artigo, ainda quando a União não seja a detentora da totalidade do seu capital.
> Quando as dotações ou auxílios da União se tornarem inferiores a Cr$ 5.000.000.000,00 (cinco bilhões de cruzeiros) anuais, será permitida a distribuição de dividendos, ficando retidos, em conta especial, em poder da sociedade somente os atribuídos às ações de propriedade da União, para serem aplicados em aumento de capital, mantido, quanto a este, o direito de participação proporcional dos demais acionistas.

Conforme se observa, a União, ao instituir a RFFSA, objetivou alcançar o interesse público por meio da delegação da prestação do serviço de transporte ferroviário. *Visou, inequivocamente, atender ao bem comum em primeiro plano e não perseguir lucro, o qual era mera decorrência do desenvolvimento das atividades para as quais foi criada, o que o torna legítimo e não descaracteriza sua intrínseca essência*. Admite-se o proveito financeiro, portanto, quando não configura fim último da sociedade de economia mista. Em verdade, a lucratividade pode constituir o próprio meio necessário à consecução do interesse público primário por meio da prestação de serviço público essencial (CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedade Anônimas: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.638, de 28 de dezembro de 2007. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009).

A RFFSA procedeu à prestação do transporte ferroviário nos exatos termos ora apontados. Sua constituição se deu de forma a inequivocamente priorizar o aludido serviço público, de modo que a eventual percepção de lucros não traduz seu escopo fundamental. Por tais motivos, não se aplicam as disposições atinentes à exploração de atividade econômica, previstas no citado artigo 173 da CF/1988, em especial os privilégios fiscais concedidos à iniciativa privada - dos quais nunca foi beneficiária. Sua criação, enfatize-se, deu-se unicamente para o escopo de desenvolver atividade de competência exclusiva da União. Sobre o tema, assim se manifestou o Ministro Maurício Corrêa, por ocasião da relatoria do RE nº 220.906, que: "não se aplicam às empresas públicas, às sociedades de economia mista e a outras entidades estatais ou paraestatais que explorem serviços públicos a restrição contida no art. 173, § 1º, da CF, isto é, a submissão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obriga-

ções trabalhistas e tributárias, nem a vedação do gozo de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (CF, art. 173, § 2º)" (STF, RE 220906, Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, j. 16/11/2000, DJ 14/11/2002). Dessa forma, apenas quando as entidades de economia mista não se destinam à prestação exclusiva de serviço público é que podem ser caracterizadas como instrumentos de intervenção do Estado na atividade econômica em sentido estrito. Nesse caso, não podem receber o mesmo tratamento tributário conferido à fazenda pública, em razão de seu evidente propósito de obtenção de lucro (STF, ACO 2730/DF). Tal situação não ocorre no presente caso, uma vez que a Rede Ferroviária, frise-se, nunca foi equiparada aos particulares, considerada, assim, atrelada à consecução do bem comum por meio da prestação do transporte ferroviário.

As sociedades de economia mista prestadoras de serviço exclusivo dos entes federativos e para tal restrita finalidade criadas, como a RFFSA, estão regidas por regime predominantemente público e devem receber o mesmo tratamento dispensado ao poder público - não só para fixação do regime tributário como, e.g., para admissão de pessoal por meio de concurso público, observância aos primados da administração pública e submissão ao controle externo pelo Tribunal de Contas quanto a seus procedimentos e aplicação de recursos financeiros (STF, MS 25092, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, v.u., DJ 17/03/2016). Desse modo, mesmo em razão da possibilidade de colisão entre o interesse público perseguido e o intuito de lucro dos acionistas privados, tal circunstância não retira seu caráter e regime públicos, inclusive porque prevalece a função institucional da devida prestação do transporte ferroviário sobre os interesses privados.

Ainda sobre o propósito institucional da RFFSA, cumpre evidenciar que está insculpido não só na lei de sua criação, como nos demais normativos regentes do tema. Portanto, *a presunção que milita em favor da sociedade de economia mista é a de que atua dentro de tais ditames, não o contrário - primado da presunção de legitimidade da atuação da administração pública direta e indireta*. Em consequência, não se pode inferir que a consecução do serviço público a ela delegado tenha sido executada em desacordo com os preceitos legais. Incumbe à parte contrária, *o município*, comprovar que a Rede Ferroviária não se conduziu em estrita observância à correlata regulamentação e que sua existência não estava exclusivamente voltada à prestação do transporte ferroviário, o que inocorre *in casu*.

Vale transcrever, também, o magistério de Roque Antonio Carrazza (*in* Curso de Direito Constitucional Tributário, 22ª Edição, Editora Malheiros, 2006, pp. 706/709), *verbis*:

> Aprofundando o assunto, as empresas estatais, quando delegatárias de serviços públicos ou de atos de polícia - e que, portanto, não exploram atividades econômicas -, não se sujeitam à tributação por meio de impostos, justamente porque são a "longa manus" das pessoas políticas que por meio de lei, as criam e lhes apontam os objetivos públicos a alcançar.
> A circunstância de serem revestidas da natureza de "empresa pública" ou de "sociedade de economia mista" não lhes retira a condição de "pessoas administrativas", que agem em nome do Estado, para a consecução do bem comum.
> (...)
> Muito bem, as pessoas administrativas delegatárias de serviços públicos, que lhes dão grande cópia de prerrogativas, inclusive no que concerne à tributação, a elas se aplicando, por inteiro, a imunidade do art. 150, VI, "a", da CF.
> Sendo mais específicos, tais pessoas, enquanto, no exercício de suas funções típicas, auferem *rendimentos*, são imunes ao IR e aos tributos que incidem sobre *lucros, receitas, rendimentos* etc.; enquanto proprietárias dos imóveis que lhes dão "base material" para o desempenho de suas atividades típicas, são *imunes ao IPTU*; enquanto proprietárias dos

> serviços públicos ou na prática de atos de polícia, são imunes ao *IPVA*; e assim avante.
> Remarque-se que a circunstância de estas pessoas terem personalidade de direito privado não impede recebam especial proteção tributária, justamente pra possibilitar a prestação de serviços públicos ou a prática de atos de polícia.
> (...)
> Neste sentido, enquanto atuam como se pessoas políticas fossem, as empresas públicas e as sociedades de economia mista não podem ser embaraçadas ou anulada sua ação pública por meio de impostos. Esta é a consequência de uma interpretação sistemática do art. 150, VI, "a", da CF.
> (destaques aditados)

Na mesma linha, a Ministra do STJ, Regina Helena Costa, assevera:

> Inicialmente, analisemos a situação da empresa estatal - empresa pública ou sociedade de economia mista - que recebeu a outorga, por meio de lei, da prestação de serviço público cuja competência pertence à pessoa política que a criou.
> (...)
> Recebendo tais entes o encargo de prestar serviço público - consoante a noção exposta -, o regime de sua atividade é o de Direito Público, o que inclui, dentre outras prerrogativas, o direito à imunidade fiscal.
> O raciocínio resume-se no seguinte: se o serviço público for prestado diretamente pela pessoa política estará, indubitavelmente, imune à tributação por via de impostos. *Ora a mera delegação da execução desse serviço público, pela pessoa que é titular da competência para prestá-lo à coletividade, por meio de lei, a uma empresa por ela instituída - empresa pública ou sociedade de economia mista -, que se torna delegatária do serviço, não pode, portanto, alterar o regime jurídico - inclusive tributário - que incide sobre a mesma prestação.*
> (*in* Imunidades Tributárias - Teoria e Análise da Jurisprudência do STF, São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 2006, pp. 143/144. Destaques aditados).

Pertinente analisar, também, para ponderar a respeito da natureza jurídica da RFFSA, o cenário de privatização promovido pelo governo Fernando Henrique Cardoso com a criação do Programa Nacional de Desestatização - PND por meio da Lei nº 8.031/1990 - diploma posteriormente revogado pela Lei nº 9.491/1997, o qual alterou normas de caráter procedimental relativas ao aludido programa. Em razão da autorização legal firmada, foi editado o Decreto nº 473, de 10 de março de 1992, que incluiu a RFFSA no programa e, assim, ensejou a promoção de estudos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), os quais "recomendaram a transferência para o setor privado dos serviços de transporte ferroviário de carga. Essa transferência foi efetivada no período 1996/1998, de acordo com o modelo que estabeleceu a segmentação do sistema ferroviário em seis malhas regionais, sua concessão pela União por 30 anos, mediante licitação, e o arrendamento, por igual prazo, dos ativos operacionais da RFFSA aos novos concessionários. Em 1998, houve a incorporação da Ferrovia Paulista S.A (FEPASA) à RFFSA, ao que se seguiu, em dezembro desse ano, a privatização daquela malha." (fonte: http://www.transportes.gov.br/orgaos-extintos.html). Transcrevem-se os correlatos dispositivos:

> Lei nº 8.031/1990
> Art. 1º. É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais:
> I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

> II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;
> III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;
> IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;
> V - permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;
> VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrarem o Programa.
> Art. 2º. Poderão ser privatizadas, nos termos desta lei, as empresas:
> I - controladas, direta ou indiretamente, pela União e instituídas por lei ou ato do Poder Executivo; ou
> II - criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle, direto ou indireto, da União.
> § 1º. Considera-se privatização a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade.
> § 2º. Aplicam-se os dispositivos desta lei, no que couber, à alienação das participações minoritárias diretas e indiretas da União, no capital social de quaisquer outras empresas.
> § 3º. Não se aplicam os dispositivos desta lei às empresas públicas ou sociedades de economia mista que exerçam atividades de competência exclusiva da União, de acordo com os arts. 21, 159, inciso I, alínea c e 177 da Constituição Federal, ao Banco do Brasil S.A., e, ainda, ao órgão oficial ressegurador referido no inciso II do art. 192 da Constituição Federal.
>
> Decreto nº 473/1992
> Art. 1º. Ficam incluídas no Programa Nacional de Desestatização - PND, para os fins da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, as empresas:
> I - Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA;
> (...)
> (destaques aditados)

Apenas a título de registro, a partir do cotejo dos normativos legais ora transcritos aos ditames constitucionais a respeito do tema, anteriormente mencionados, impende consignar que *a inclusão da Rede Ferroviária no programa de desestatização do governo federal é circunstância que não tem o condão de modificar ou interferir, de qualquer forma, na natureza da prestação do serviço de transporte ferroviário, porquanto é inequivocamente caracterizado como público e essencial, de competência exclusiva da União*, cuja execução, frise-se, pode dar-se de modo direto ou indireto, nos termos da legislação ordinária, com supedâneo na autorização constitucional contida no citado artigo 175 da CF/1988: "incumbe ao Poder Público, na forma da lei, *diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*". Atente-se à regulamentação trazida também no âmbito da Lei nº 8.987/1995:

> *Art. 1º. As concessões de serviços públicos* e de obras públicas e as permissões de serviços públicos *reger-se-ão* pelos termos *do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei*, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.
> Parágrafo único. *A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando*

> *atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.*
> (destaques aditados)

A delegação da administração e execução do transporte ferroviário à iniciativa privada não fez desaparecer sua natureza originária, pois a outorga da gestão e exploração do aludido serviço não modificou sua qualidade de *público*, na forma preceituada pela Lei Magna e que foi estritamente observada pela regulamentação procedida em âmbito infraconstitucional - a qual, em verdade, não poderia dispor sobre a matéria de forma diversa, sob pena de restar configurada afronta à normatização procedida pelo constituinte, que deve ser fielmente perseguida pelo legislador ordinário.

Não obstante tenha sido transferida a exploração da infraestrutura ferroviária federal *sub judice*, remanesce a titularidade constitucional de tal serviço público, em especial, saliente-se, porque *seus atributos não são passíveis de alteração pela legislação ordinária*. Tal situação traz como decorrência, inclusive, a responsabilidade subsidiária da concedente, União, em relação à devida prestação do serviço, em razão de ser titular exclusiva da atividade vinculada ao transporte férreo, ainda que a execução se dê por meio indireto. Legitimada, portanto, a inclusão da União nas lides em que a RFFSA figurar como autora, ré ou interveniente, bem como naquelas em que se discute acerca da gestão e execução do transporte ferroviário prestado por meio da concessionária (ementas a seguir colacionadas: STJ, REsp 1426884 e AGREsp 1119560).

Para finalizar o retrospecto histórico e legislativo, consigne-se que a RFFSA entrou em processo de dissolução, liquidação e extinção, nos termos do Decreto nº 3.277/1999, adotado expressamente o procedimento da Lei nº 8.029/1990 e Lei nº 9.491/1997 por força do disposto no mencionado decreto, nos seguintes termos:

> Decreto nº 3.277/1999
> Art. 1º. Fica dissolvida a Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA, incluída no Programa Nacional de Desestatização pelo Decreto nº 473, de 10 de março de 1992.
> Art. 2º. A liquidação da RFFSA far-se-á de acordo com as disposições da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, conforme determina o art. 24 da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.
>
> Lei nº 8.029/1990
> Art. 1º. É o Poder Executivo autorizado a extinguir ou a transformar as seguintes entidades da Administração Pública Federal:
> (...)
> Art. 23. A União sucederá a entidade, que venha a ser extinta ou dissolvida, nos seus direitos e obrigações decorrentes de norma legal, ato administrativo ou contrato, bem assim nas demais obrigações pecuniárias. (Renumerado do art 20 pela Lei nº 8.154, de 1990)
>
> Lei nº 9.491/1997
> Art. 24. No caso de o Conselho Nacional de Desestatização deliberar a dissolução de sociedade incluída no Programa Nacional de Desestatização, aplicar-se-ão, no que couber, as disposições da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990.
> (destaques aditados)

A Rede Ferroviária foi extinta por meio da Lei nº 11.483/2007 (conversão da MPv nº 533/2007) e, então, sucedida pelo ente federal (artigos 1º e 2º), matéria que foi também regulada pelos Decretos nº 6.018/2007 e nº 7.929/2013. Confira-se:

Lei nº 11.483/2007
Art. 1º. Fica encerrado o processo de liquidação e extinta a Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA, sociedade de economia mista instituída com base na autorização contida na Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957.
Parágrafo único. Ficam encerrados os mandatos do Liquidante e dos membros do Conselho Fiscal da extinta RFFSA.
Art. 2º. A partir de 22 de janeiro de 2007:
I - a União sucederá a extinta RFFSA nos direitos, obrigações e ações judiciais em que esta seja autora, ré, assistente, opoente ou terceira interessada, ressalvadas as ações de que trata o inciso II do *caput* do art. 17 desta Lei; e
II - os bens imóveis da extinta RFFSA ficam transferidos para a União, ressalvado o disposto nos incisos I e IV do *caput* do art. 8o desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.772, de 2008
Parágrafo único. Os advogados ou escritórios de advocacia que representavam judicialmente a extinta RFFSA deverão, imediatamente, sob pena de responsabilização pessoal pelos eventuais prejuízos que a União sofrer, em relação às ações a que se refere o inciso I do *caput* deste artigo:
I - peticionar em juízo, comunicando a extinção da RFFSA e requerendo que todas as citações e intimações passem a ser dirigidas à Advocacia-Geral da União; e
II - repassar às unidades da Advocacia-Geral da União as respectivas informações e documentos.
Art. 8º. Ficam transferidos ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT:
I - a propriedade dos bens móveis e imóveis operacionais da extinta RFFSA;
II - os bens móveis não-operacionais utilizados pela Administração Geral e Escritórios Regionais da extinta RFFSA, ressalvados aqueles necessários às atividades da Inventariança; e
III - os demais bens móveis não-operacionais, incluindo trilhos, material rodante, peças, partes e componentes, almoxarifados e sucatas, que não tenham sido destinados a outros fins, com base nos demais dispositivos desta Lei.
IV - os bens imóveis não operacionais, com finalidade de constituir reserva técnica necessária à expansão e ao aumento da capacidade de prestação do serviço público de transporte ferroviário, ressalvados os destinados ao FC, devendo a vocação logística desses imóveis ser avaliada em conjunto pelo Ministério dos Transportes e pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, conforme dispuser ato do Presidente da República. (Incluído pela Lei nº 11.772, de 2008)

Decreto nº 6.018/2007
Art. 1º. Compete ao Ministério dos Transportes a coordenação e a supervisão dos procedimentos administrativos relativos à Inventariança da extinta Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA.

Decreto nº 7.929/2013
Art. 3º. O Ministério dos Transportes elaborará relação com os bens imóveis não operacionais oriundos da extinta RFFSA considerados total ou parcialmente essenciais e indispensáveis para a expansão e aumento da capacidade de prestação do serviço público de transporte ferroviário, conforme o disposto no art. 1º, encaminhando-a à Secretaria do Patrimônio da União para a manifestação prevista no art. 4º.
§ 1º. A relação deve conter delimitação e descrição precisa da situação físico-ocupacional de cada imóvel ou parcela de interesse para constituição da reserva técnica, e indicação do aproveitamento da integralidade da área para uma ou mais das destinações previstas no art. 1º.
§ 2º. A relação deverá ser concluída e submetida à Secretaria do Patrimônio da União no prazo de seis meses, contado da data de publicação deste Decreto.
(destaques aditados)

Analisados os normativos ora colacionados, constata-se que a *natureza pública, exclusiva e essencial dos serviços administrados e executados pela RFFSA* deriva, portanto, da interpretação sistemática e harmoniosa da legislação infraconstitucional regente da quaestio, que não alterou, ao revés, ratificou o norte constitucional conferido à matéria. É, de igual forma, corroborada por julgados do próprio Supremo Tribunal Federal aplicáveis por similitude e farta doutrina.

Não se desconhece haver entendimento da 2ª Seção deste E. Tribunal Regional Federal, no sentido de não ser reconhecido à RFFSA o gozo da imunidade tributária, em razão da natureza dos serviços que prestava (e.g., EI 0026518-66.2012.4.03.6182, EI 0011638-14.2009.4.03.6105). No entanto, considerados os fundamentos ora consignados, há de ser perfilhado o entendimento no sentido da aplicação das normas imunizantes ao ente delegatário, o qual é corroborado pelos precedentes do Supremo Tribunal Federal a seguir colacionados, que reconhecem a imunidade às sociedades de economia mista que se caracterizem inequivocamente como instrumentalidades estatais na prestação de serviço público:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. IPTU. IMÓVEIS DO ACERVO PATRIMONIAL DO PORTO DE SANTOS, INTEGRANTES DO DOMÍNIO DA UNIÃO. CODESP - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA INCUMBIDA DE EXECUTAR, COMO ATIVIDADE-FIM, EM FUNÇÃO DE SUA ESPECÍFICA DESTINAÇÃO INSTITUCIONAL, SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO DE PORTO MARÍTIMO (ART. 21, XII, "F", DA CF). IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (ART. 150, VI, "A", DA CF). ACÓRDÃO RECORRIDO EM DISSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO PLENÁRIO DESTA CORTE (RE N. 253.472). AGRAVO IMPROVIDO.
> 1. No julgamento do RE n. 253.472, Redator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 01.02.11, *o Plenário do STF reconheceu, por efeito da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, "a", da CF), a inexigibilidade, por parte do Município tributante, do IPTU referente às atividades executadas pela CODESP - entidade delegatária de serviços públicos a que se refere o art. 21, XII, "f", da CF - , na prestação dos serviços públicos de administração de porto marítimo e daquelas necessárias à realização dessa atividade-fim.* (Precedentes: RE n. 253.394, Relator o Ministro Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ de 11.4.03; AI n. 458.856, Relator o Ministro Eros Grau, 1ª Turma, DJ de 20.4.07; RE n. 265.749-Ed-Ed, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 22.08.11; AI n. 738.332-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 26.11.10, entre outros).
> 2. *In casu*, o acórdão originariamente recorrido assentou: "Imposto - Predial e Territorial Urbano - Município de Santos - CODESP - Pretensão à imunidade do lançamento fiscal - Inviabilidade - Imunidade se aplica aos bens e serviços de ente estatal, não às sociedades de economia mista que os exploram - Isenção não renovada depois da Constituição Federal de 1.988 - Tributo devido. (...)"
> 3. Agravo Regimental a que se nega provimento. (destaques aditados)
> (STF, RE 462704 AgR, Re. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04/12/2012);
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, INC. VI, ALÍNEA A, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EXTENSÃO A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (destaques aditados)
> (STF, RE 647881 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 18/09/2012).

No mesmo sentido tem se manifestado esta E. Corte Regional:

> TRIBUTÁRIO. ADMNISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. *REDE FERROVIÁRIA* FEDERAL S/A, SUCEDIDA PELA UNIÃO FEDERAL. IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO (IPTU). IMUNIDADE RECÍPROCA. TAXA MUNICIPAL. DÉBITOS NÃO ABRANGIDOS POR CONTRATO DE DAÇÃO EM PAGAMENTO. JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS EM GRAU RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. TAXA DE REMOÇÃO DE LIXO DOMICILIAR. REPERCUSSÃO GERAL (ART. 543-B, § 3º DO CPC).
> 1. *Com relação à cobrança do IPTU, a RFFSA foi constituída sob a forma de sociedade de economia mista, para exploração de serviços públicos de transporte ferroviário, de competência da União (art. 21, XII, d, CF/88), podendo se valer dos benefícios da imunidade consagrada aos entes políticos no art. 150, VI, a, da Carta Magna, não se sujeitando à tributação por meio de impostos.* Precedentes deste Tribunal: 3ª Turma, AC nº 2007.61.10.012098-9, Rel. Juiz Fed. Conv. Roberto Jeuken, DJF3 07.04.2009, p. 485; 4ª Turma, AC nº 2008.61.17.001051-0, Rel. Des. Fed. Fábio Prieto, j. 15.10.2009, DJF3 CJ1 26.01.2010, p. 272.
> (...)
> 8. Apelação e recurso adesivo improvidos. (destaques aditados)
> (TRF 3ª Região, Sexta Turma, AC 0009906-35.2008.4.03.6104, Rel. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, julgado em 20/06/2013, e-DJF3 Judicial 1 Data:28/06/2013).

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PREFEITURA MUNICIPAL DE PONTA PORÃ. *IPTU*. IMUNIDADE RECÍPROCA.
> I. *A RFFSA por ser prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, está abrangida pela imunidade tributária recíproca no tocante aos impostos, a teor do artigo 150, VI, alínea "a" da Constituição Federal.*
> II. Honorários advocatícios reduzidos.
> III. Reexame necessário parcialmente provido. (destaques aditados)
> (TRF 3ª Região, Quarta Turma, REO 0001972-32.2008.4.03.6005, Rel. Desembargadora Federal Alda Basto, julgado em 02/05/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/05/2013).

Ressalte-se que em julgamento recente o STF decidiu:

> Vê-se, portanto, que a resolução do presente litígio há de resultar do reconhecimento, na espécie, de que a pretensão impositiva do Município, em tema de IPTU (imposto cuja exigibilidade está sendo questionada no caso), sofre as limitações decorrentes da garantia da imunidade tributária recíproca, que traduz uma das projeções concretizadoras do postulado constitucional da Federação.
> (...)
> Assim definida a questão, cumpre-me observar, desde logo, por relevante, que controvérsias assemelhadas à suscitada no presente recurso extraordinário - que concerniam a *empresas governamentais incumbidas, por outorga, de explorar atividades constitucionalmente reservadas a determinada entidade política* - já foram dirimidas por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, em julgamentos nos quais se reconheceu, em favor dessas mesmas empresas governamentais delegatárias de serviços públicos, alguns dos quais instituídos em regime constitucional de monopólio, a garantia da imunidade tributária recíproca (RTJ 187/355, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - ACO 789/PI, Red. p/ o acórdão Min. DIAS TOFFOLI - ACO 814/PR, Red. p/ o acórdão Min. DIAS TOFFOLI - RE 318.185-AgR/SP, Rel. Min. NELSON JOBIM - RE 357.291-AgR/PR , Rel. Min. CEZAR PELUSO - RE 357.447-AgR/SP , Rel. Min. ELLEN GRACIE - RE 407.099/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - RE 501.639-AgR/BA, Rel. Min. EROS GRAU - RE 542.454-AgR/BA, Rel. Min. AYRES BRITTO - RE 598.322-AgR/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g).
> (RE 943885, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 17/02/2016. No mesmo sentido: RE 971808, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 27/05/2016).

No tocante ao monopólio da atividade, extrai-se do excerto ora transcrito não ter sido considerado essencial para o reconhecimento da imunidade, uma vez que já fora admitida "em favor dessas mesmas empresas governamentais delegatárias de serviços públicos, *alguns dos quais* instituídos em regime constitucional de monopólio, a garantia da imunidade tributária recíproca". Ainda que assim não se entendesse, estaria caracterizado pela exclusividade da prestação do transporte férreo atribuída pelo constituinte ao ente federal, na forma dos fundamentos apresentados, delegada unicamente à RFFSA. Portanto, mesmo que tenha havido posterior desestatização, com concessão do dever de execução do serviço, sua natureza exclusiva não resta alterada, em especial quanto à Rede Ferroviária.
Tampouco se diga que os casos decididos pelo STF seriam diversos do presente. Tal realidade se verifica similar, inclusive, à da ECT e INFRAERO, às quais é reconhecido o direito ao gozo da imunidade tributária. Dessa forma, não há fator impeditivo à extensão do entendimento à RFFSA, porque se revela indubitavelmente prestadora de serviço exclusivo da União e atende aos requisitos constitucionais e legais para ser-lhe assegurada a imunidade tributária. Confira-se o posicionamento firmado pelo sodalício:
"Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Tributário. IPTU. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Imunidade recíproca (art. 150, VI, a, da CF).
1. Perfilhando a cisão estabelecida entre prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica, a Corte sempre concebeu a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos como uma empresa prestadora de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado.
2. A imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, da Constituição, alcança o IPTU que incidiria sobre os imóveis de propriedade da ECT e por ela utilizados.
3. Não se pode estabelecer, a priori, nenhuma distinção entre os imóveis afetados ao serviço postal e aqueles afetados à atividade econômica.
4. Na dúvida suscitada pela apreciação de um caso concreto, acerca, por exemplo, de quais imóveis estariam afetados ao serviço público e quais não, não se pode sacrificar a imunidade tributária do patrimônio da empresa pública, sob pena de se frustrar a integração nacional.
5. As presunções sobre o enquadramento originariamente conferido devem militar a favor do contribuinte. Caso já lhe tenha sido deferido o status de imune, o afastamento dessa imunidade só pode ocorrer mediante a constituição de prova em contrário produzida pela Administração Tributária.
6. Recurso extraordinário a que se nega provimento". (destaques aditados)
(STF, RE 773992, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, j. 15/10/2014);

IMUNIDADE RECÍPROCA - INFRAERO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO - ARTIGO 150, INCISO VI, ALÍNEA "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O Tribunal reafirmou o entendimento jurisprudencial e concluiu pela possibilidade de extensão da imunidade tributária recíproca à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, na qualidade de empresa pública prestadora de serviço público. (destaques aditados)
(STF, AI-AgR 797034, Rel. Min. Marco Aurélio, v.u., Primeira Turma, j. 21/05/2013).

A RFFSA se enquadra nas situações ora colacionadas e, desse modo, atende aos requisitos tanto de âmbito infraconstitucional como aqueles listados pela Carta Magna para a ela ser reconhecido o direito à imunidade tributária.

A notoriedade do caráter público, exclusivo e essencial do transporte ferroviário pode ser aferida, também, a partir da análise das disposições da Lei nº 10.233/2001, que *submetem a prestação e gestão do serviço à fiscalização da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT*, não só em virtude de sua inconteste relevância para a coletividade, como porque a União mantém a titularidade do serviço e, em decorrência, responde subsidiariamente pelas concessionárias e permissionárias. Além disso, os ativos operacionais existentes e, também,

os que vierem a ser instalados em decorrência da construção de novas linhas férreas deverão ser explorados por meio de contratos de concessão que contemplem cláusula de reversão à União, justamente porque se mantém titular do serviço. Atente-se ao teor dos artigos a seguir transcritos:

> *Art. 24*. Cabe à *ANTT*, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:
> I - promover pesquisas e estudos específicos de tráfego e de demanda de serviços de transporte;
> II - promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados;
> III - propor ao Ministério dos Transportes, nos casos de concessão e permissão, os planos de outorgas, instruídos por estudos específicos de viabilidade técnica e econômica, para exploração da infraestrutura e a prestação de serviços de transporte terrestre; (Redação dada pela Lei nº 12.996, de 2014)
> IV - elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição;
> V - editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;
> VI - reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infra-estrutura e prestação de serviços de transporte terrestre já celebrados antes da vigência desta Lei, resguardando os direitos das partes e o equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos;
> VII - proceder à revisão e ao reajuste de tarifas dos serviços prestados, segundo as disposições contratuais, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda;
> VIII - fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados, cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento;
> IX - autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas, encaminhando ao Ministro de Estado dos Transportes, se for o caso, propostas de declaração de utilidade pública; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)
> X - adotar procedimentos para a incorporação ou desincorporação de bens, no âmbito dos arrendamentos contratados;
> XI - promover estudos sobre a logística do transporte intermodal, ao longo de eixos ou fluxos de produção;
> XII - habilitar o Operador do Transporte Multimodal, em articulação com as demais agências reguladoras de transportes;
> XIII - promover levantamentos e organizar cadastro relativos ao sistema de dutovias do Brasil e às empresas proprietárias de equipamentos e instalações de transporte dutoviário;
> XIV - estabelecer padrões e normas técnicas complementares relativos às operações de transporte terrestre de cargas especiais e perigosas;
> XV - elaborar o seu orçamento e proceder à respectiva execução financeira.
> XVI - representar o Brasil junto aos organismos internacionais e em convenções, acordos e tratados na sua área de competência, observadas as diretrizes do Ministro de Estado dos Transportes e as atribuições específicas dos demais órgãos federais. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)
> XVII - exercer, diretamente ou mediante convênio, as competências expressas no inciso VIII do art. 21 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, nas rodovias federais por ela administradas. (Incluído pela Lei nº 10.561, de 13.11.2002)
> XVIII - dispor sobre as infrações, sanções e medidas administrativas aplicáveis aos serviços

de transportes. (Incluído pela Lei nº 12.996, de 2014)
Parágrafo único. No exercício de suas atribuições a ANTT poderá:
I - firmar convênios de cooperação técnica e administrativa com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tendo em vista a descentralização e a fiscalização eficiente das outorgas;
II - participar de foros internacionais, sob a coordenação do Ministério dos Transportes.
III - firmar convênios de cooperação técnica com entidades e organismos internacionais. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)
Art. 25. Cabe à *ANTT*, como atribuições específicas pertinentes ao *Transporte Ferroviário*: (Redação dada pela Medida Provisória nº 576, de 2012)
I - publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão para prestação de serviços de transporte ferroviário, permitindo-se sua vinculação com contratos de arrendamento de ativos operacionais;
II - administrar os contratos de concessão e arrendamento de ferrovias celebrados até a vigência desta Lei, em consonância com o inciso VI do art. 24;
III - publicar editais, julgar as licitações e celebrar contratos de concessão para construção e exploração de novas ferrovias*, com cláusulas de reversão à União dos ativos operacionais edificados e instalados*;
IV - fiscalizar diretamente, com o apoio de suas unidades regionais, ou por meio de convênios de cooperação, o cumprimento das cláusulas contratuais de prestação de serviços ferroviários e de manutenção e reposição dos ativos arrendados;
V - regular e coordenar a atuação dos concessionários, assegurando neutralidade com relação aos interesses dos usuários, orientando e disciplinando o tráfego mútuo e o direito de passagem de trens de passageiros e cargas e arbitrando as questões não resolvidas pelas partes;
VI - articular-se com órgãos e instituições dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para conciliação do uso da via permanente sob sua jurisdição com as redes locais de metrôs e trens urbanos destinados ao deslocamento de passageiros;
VII - contribuir para a preservação do patrimônio histórico e da memória das ferrovias, em cooperação com as instituições associadas à cultura nacional, orientando e estimulando a participação dos concessionários do setor.
VIII - regular os procedimentos e as condições para cessão a terceiros de capacidade de tráfego disponível na infraestrutura ferroviária explorada por concessionários. (Incluído pela Lei nº 12.743, de 2012)
Parágrafo único. No cumprimento do disposto no inciso V, a ANTT estimulará a formação de associações de usuários, no âmbito de cada concessão ferroviária, para a defesa de interesses relativos aos serviços prestados.
Art. 26. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Rodoviário:
(...)
(destaques aditados)

Corrobora-se o ora expendido, ainda, por meio das ementas a seguir colacionadas da Superior Corte, concernentes ao julgamento de situações parelhas que se amoldam ao caso *sub judice*. Extrai-se dos julgados o reconhecimento da legitimidade ativa e passiva *ad causam* da União para figurar nos feitos que versem sobre a gestão e a execução dos serviços de transporte ferroviário, ainda que prestados por meio indireto (concessão, permissão, autorização), em decorrência de não poder ser afastado o interesse da União, até mesmo porque reflete a significativa dimensão do interesse público envolvido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO CONFIGURAÇÃO. DEMANDA PROPOSTA PELA RFFSA EM FACE DE ARRENDATÁRIA POR DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. UNIÃO. LE-

GITIMIDADE ATIVA. CONFIGURAÇÃO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.
(omissis)
6. O fato de a Lei 10.233/01 atribuir à *ANTT* a administração dos contratos de concessão e arrendamento de ferrovias celebrados até a sua vigência por si só não desnatura o *interesse da União* de ocupar o pólo ativo da presente demanda, tendo em vista a sua *condição de titular de todos os serviços objeto de contrato de concessão em cumprimento ao que determina a CF/88*.
7. Recurso especial não provido. (destaques aditados)
(STJ, REsp 1426884, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, v.u., DJe 16/03/2015);

ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - DANO MATERIAL - RESPONSABILIDADE DA AUTARQUIA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO. A Jurisprudência desta Corte considera a autarquia responsável pela conservação das rodovias e pelos danos causados a terceiros em decorrência da má conservação, contudo remanesce ao Estado a responsabilidade subsidiária. Agravo regimental provido em parte para afastar a responsabilidade solidária da União, persistindo a responsabilidade subsidiária. (destaques aditados)
(STJ, AGREsp 875604, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, v.u., DJe 25/06/2009).

ADMINISTRATIVO - RODOVIA FEDERAL - PEDÁGIO - CONTRATO DE CONCESSÃO -UNIÃO - MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES - ANTT - LEGITIMIDADE PASSIVA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 126 DO STJ.
1. O acórdão recorrido abriga fundamentos de índole constitucional e infraconstitucional. A ora agravante, porém, não cuidou de interpor o devido recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, de modo a incidir a jurisprudência sedimentada por meio da Súmula 126 deste Tribunal.
2. Ademais, a jurisprudência desta Corte adotou o entendimento segundo o qual a União é parte legítima para integrar a lide que trate de cobrança de pedágio em rodovia federal delegada a Estado-membro. *In casu*, conforme consignado no acórdão recorrido*, a participação da União Federal se dá por meio do Ministério dos Transportes, do qual a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT subrogou-se nos direitos e obrigações.*
Agravo regimental improvido. (destaque aditado)
(STJ, AGREsp 1119560, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, v.u., DJe 25/09/2009).

De conseguinte, conforme os fundamentos esposados, constata-se que a Rede Ferroviária Federal S/A era sociedade de economia mista prestadora de transporte ferroviário, serviço público de natureza essencial, obrigatória e exclusiva, de titularidade da União e exercido por delegação. Portanto, imperioso *reconhecer a imunidade tributária da RFFSA, de modo que se torna incabível a cobrança do IPTU referente aos anos anteriores a 2007.*

Os artigos 173, parágrafos 1º e 2º, 150, §3º, inciso IIº, da Constituição Federal, 130, 145 e 201 do Código Tributário Nacional, Decreto Lei nº 200/67 e Lei nº 3.115/57 devem ser harmonizados com o artigo 150, inciso VI, alínea "a", da Carta Magna, imunidade de caráter absoluto. Em consequência, não há contrariedade aos dispositivos mencionados.

Ante o exposto, *DOU PROVIMENTO* à apelação da União, para reconhecer a ilegalidade no que toca à cobrança de IPTU do ano de 2007, constante da execução fiscal, e condeno o Município de Jundiaí ao pagamento de honorários advocatícios de R$ 100,00 (cem reais).

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO CONDUTOR

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA:

Ousei divergir do e. Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE.

Inicialmente, verifico que o recurso foi interposto anteriormente a 18/03/2016, data da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, impondo-se, de rigor, sua análise sob a égide da legislação processual anterior (enunciado n. 2 do E. STJ).

No que concerne à questão da imunidade recíproca, a execução fiscal visa à cobrança, por parte do Município de Jundiaí/SP de IPTU e taxa de lixo do exercício de 2007, sobre imóvel pertencente à época dos fatos geradores à Rede Ferroviária Federal S/A.

Cabe destacar que a referida sociedade de economia mista foi extinta em 22 de janeiro de 2007, por disposição da MP 353, convertida na Lei nº 11.483/07, sucedendo-lhe a União nos direitos, obrigações e ações judiciais.

Dessa feita, dada a natureza de sociedade anônima da RFFSA, vinha entendendo que sua atividade ostentava cunho econômico e, portanto, visava ao lucro, o que, por conseguinte, impedia que a empresa se beneficiasse da imunidade tributária recíproca (CF/88, art. 150, VI, "a", §§ 2º e 3º).

Todavia, com a sobrevinda do decidido pelo STF no RE nº 943.885 (j. 17/02/2016, Rel. Min. Celso de Mello) que considerou as atividades desenvolvidas pela RFFSA como imunes aos impostos, modifiquei o entendimento para passar a acompanhar a posição do Excelso Pretório.

Destaco que a decisão do RE nº 943.885, além de ter transitado em julgado, utilizou como esteio precedentes do próprio STF que envolveram outras empresas governamentais igualmente consideradas imunes aos impostos (v.g. os Correios).

Assim, não obstante os efeitos meramente *inter pars* do aludido RE, entendi que o respeito à orientação jurisprudencial da Corte Suprema, ou mesmo dos Tribunais Superiores, era (e ainda é) medida que privilegia a isonomia e a segurança jurídica, na modalidade de previsibilidade das decisões judiciais, elemento que auxilia os jurisdicionados a decidirem acerca de sua atuação perante a lei, propiciando inclusive menores custos no desenvolvimento de suas atividades.

Ocorre que o STF, mais precisamente em 12.08.2016, em sede de exame de repercussão geral no RE 959.489, por meio de seu Plenário, decidiu que o tema envolvendo a suposta imunidade recíproca da RFFSA não é de índole constitucional e, por tal motivo, não é dotado de repercussão geral. A ementa do julgado é a seguinte:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A (RFFSA). PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS AO GOZO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (ART. 150, VI, A, DA CF/88). MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.
> 1. Possui natureza infraconstitucional a controvérsia relativa ao preenchimento, pela Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA), dos pressupostos necessários ao gozo da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, a, da CF/88).
> 2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009).
> 3. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 1.035 do CPC/2015.

Em suma, sinalizou o STF às instâncias judiciais *a quo* que a solução do tema não necessita passar pelas normas constitucionais, sendo suficiente, portanto, que o juiz o examine dos textos legais pertinentes ao caso.

Desse modo, entendo não mais aplicável como razão de decidir a posição antes explicitada pelo STF no RE nº 943.885, justamente porque suas bases repousam na questão constitucional, tendo a Excelsa Corte frisado, repita-se, por seu órgão Plenário, que a solução do tema não requer o emprego das normas da mais alta hierarquia do sistema jurídico.

Nesse contexto, volto a adotar o antigo posicionamento, qual seja, a possibilidade de tributação do patrimônio, da renda e dos serviços prestados pela extinta RFFSA, ante a existência de caráter econômico e finalidade lucrativa.

Isso fica bastante claro, aliás, pelo disposto no art. 3º da Lei 3.115/57 (a norma que criou a empresa) que estatui a aplicação à RFFSA das normas próprias das sociedades anônimas, sabidamente entidades "de capital" e que visam obter lucro.

Filio-me, destarte, ao que vem decidindo a 2ª Seção deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com o seguinte destaque:

> (...) Portanto, a sociedade de economia mista federal não era responsável pela prestação de serviço público de natureza exclusiva, essencial ou em regime de monopólio, o que afasta a imunidade tributária recíproca, não havendo espaço para equiparação da situação da RFFSA, para efeito de imunidade tributária, com a de outras empresas públicas, as quais, até hoje, desempenham serviços públicos em regime de monopólio, como ECT e INFRAERO, até porque se assim fosse admitido teria a União de suportar, contra si, a alegação dos titulares de concessões de tais serviços, ainda que empresas do setor privado, de que também teriam "herdado" imunidade em relação a tributos federais, em razão da natureza da atividade e sua imprescindibilidade, desde que não demonstrado lucro, ampliando o rol do § 2º do artigo 150, CF, para além do que excepcionalmente fixado, contrariando a própria jurisprudência consolidada a respeito de sua interpretação (...).
> (Embargos Infringentes nº 00315387720084036182, DJ 16/09/2016, Rel. Des. Fed. Antônio Cedenho).

O art. 34 do Código Tributário Nacional estabelece que o contribuinte do IPTU é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

Por sua vez, estabelece o artigo 130, *caput*, do Código Tributário Nacional: "Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título prova de sua quitação".

Outrossim, o art. 131 do CTN, inserto na seção destinada à "Responsabilidade dos Sucessores", qualifica o adquirente como pessoalmente responsável pelos tributos relativos ao bem adquirido, litteris:

> Art. 131. São pessoalmente responsáveis:
> I - o adquirente ou remitente, pelos tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos;
> (...)

Cabe destacar que a referida sociedade de economia mista foi extinta em 22 de janeiro de 2007, por disposição da MP 353, convertida na Lei nº 11.483/07, sucedendo-lhe a União

nos direitos, obrigações e ações judiciais.

Por força do art. 2º da Lei nº 11.483/07, os bens da extinta RFFSA foram transferidos ao patrimônio da União. No momento em que o imóvel é transferido, a responsabilidade por sucessão afeta os créditos tributários cujos fatos geradores tenham ocorrido antes da sucessão.

Dessa feita, considerando a data da transferência dos bens da extinta RFFSA para a União Federal em 22.01.2007 (data da vigência da MP 353), e que o fato gerador do IPTU ocorre com a propriedade, o domínio útil ou a posse do bem imóvel em 1º de janeiro de cada ano, é a União, na qualidade de sucessora da obrigação tributária, a responsável pelo pagamento do IPTU devido pela extinta RFFSA, relativo ao exercício de 2007, quando da referida transferência.

Assim, considerando, a União Federal, na qualidade de sucessora da obrigação tributária, é a responsável pelo pagamento dos débitos em cobro na execução fiscal.

Quanto ao argumento da necessidade da prova de notificação do lançamento o E. Superior Tribunal de Justiça, em regime de julgamento de recursos repetitivos, à luz do artigo 543-C, da lei processual de 1973, já pacificou o entendimento de que o ônus da prova do não-recebimento da cobrança das guias de cobrança das taxas e tarifas municipais recai exatamente sobre o contribuinte, conforme arestos que seguem, *verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. LANÇAMENTO. NOTIFICAÇÃO MEDIANTE ENTREGA DO CARNÊ. LEGITIMIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DEMORA NA CITAÇÃO NÃO IMPUTÁVEL AO EXEQÜENTE. SÚMULA 106/STJ.
> 1. A jurisprudência assentada pelas Turmas integrantes da 1ª Seção é no sentido de que a remessa, ao endereço do contribuinte, do carnê de pagamento do IPTU é ato suficiente para a notificação do lançamento tributário.
> 2. Segundo a súmula 106/STJ, aplicável às execuções fiscais, "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da argüição de prescrição ou decadência."
> 3. Recurso especial a que se nega provimento. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.
> (REsp 1111124/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Seção, DJe 04/05/2009)

> TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IPTU/TLP.LANÇAMENTO. ENTREGA DA GUIA DE RECOLHIMENTO AO CONTRIBUINTE. NOTIFICAÇÃO PRESUMIDA. ÔNUS DA PROVA. MATÉRIA JULGADA SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC (RESP 1.111.124/PR).
> 1. A notificação do lançamento do IPTU e das taxas municipais ocorre com o envio da correspondente guia de recolhimento do tributo para o endereço do imóvel ou do contribuinte, com as informações que lhe permitam, caso não concorde com a cobrança, impugná-la administrativa ou judicialmente. Para afastar tal presunção, cabe ao contribuinte comprovar o não recebimento da guia.
> 2. Entendimento pacificado pela Primeira Seção que, sob o regime do artigo 543-C do CPC, julgou o REsp 1.111.124/PR, ratificando a jurisprudência no sentido de que o envio do carnê do IPTU ao endereço do contribuinte configura notificação presumida do lançamento do tributo.
> 3. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no REsp 1179874/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 28/09/2010)

> TRIBUTÁRIO. IPTU. GUIA DE COBRANÇA. ENVIO. RESIDÊNCIA. CONTRIBUINTE. SÚMULA 397/STJ. ÔNUS DA PROVA. DESCUMPRIMENTO. SÚMULA 07/STJ.
> 1. O Superior Tribunal de Justiça, sob o rito do art. 543-C do CPC, enunciou que o envio da

> guia de cobrança do IPTU, ao endereço do contribuinte, configura a notificação presumida do lançamento do tributo, cabendo ao contribuinte demonstrar seu não-recebimento. Precedente: Recurso Especial representativo de controvérsia nº 1.111.124/PR.
> 2. Segundo o teor da Súmula 397/STJ: "O contribuinte do IPTU é notificado do lançamento pelo envio do carnê ao seu endereço".
> 3. O Tribunal de origem foi enfático ao destacar que o recorrente não logrou demonstrar que houve a remessa de fato da guia para a residência do recorrido.
> 4. Revisar tal entendimento demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado em recurso especial, como informa o teor da Súmula 07/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".
> 5. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no REsp 1156710/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 04/04/2011)

Repise-se, por oportuno, que a questão foi sumulada pelo próprio STJ, nos seguintes termos:

> Súmula 397: O contribuinte do IPTU é notificado do lançamento pelo envio do carnê ao seu endereço.

Destarte, mesmo inexistindo prova de remessa do carnê, a higidez do lançamento segue intacta, subsistindo a liquidez da Certidão de Dívida Ativa que lastreia a execução fiscal.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora para o Acórdão

APELAÇÃO CÍVEL
0005563-67.2016.4.03.6119
(2016.61.19.005563-4)

Apelantes: LIDIA HULLEMANN VILLELA E UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES
Classe do Processo: Ap 2293912
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO: 25/04/2018

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA - IRPF. DEDUÇÃO DE DESPESAS MÉDICAS. COMPROVANTES. IDENTIFICAÇÃO DO PRESTADOR E DO TOMADOR DOS SERVIÇOS E DISCRIMINAÇÃO DOS VALORES, DOS SERVIÇOS PRESTADOS E DO TEMPO DA PRESTAÇÃO. SUFICIÊNCIA. GLOSA DAS DEDUÇÕES. AFASTAMENTO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO NULIFICADO.
1 - A dedução de despesas com saúde, nos termos do art. 8º, § 2º, III, "a", da Lei nº 9.250/95, está adstrita aos pagamentos especificados e comprovados, com a indicação do endereço do prestador de serviço, entretanto, a ausência dessa informação não é motivo suficiente para a recusa dos documentos apresentados pelo contribuinte, mormente se tais documentos contiverem a identificação do profissional pelo seu nome e número de seu CPF, a indicação do tratamento e do valor do serviço, bem como a data e o local da prestação, de modo a possibilitar ao Fisco eventual investigação acerca da idoneidade de tais documentos.
2 - Na falta de documentação hábil, o contribuinte poderá comprovar o pagamento das despesas dedutíveis por meio de cheque nominativo ao prestador de serviços, ou seja, trata-se de alternativa colocada à disposição do contribuinte e que não pode ser exigida conjuntamente com os recibos de pagamentos fornecidos pelo prestador de serviço.
3 - A recusa fazendária só se justifica diante de prévio procedimento administrativo visando à constatação da inidoneidade dos comprovantes apresentados pelo contribuinte, seja pela inexistência do profissional prestador do serviço ou da sua inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF, pelo cancelamento do seu registro profissional, pelo não recebimento dos valores apontados pelo contribuinte ou que tais valores não constaram de suas declarações de renda.
4 - Os documentos apresentados pelo contribuinte, embora não contenham a indicação do endereço dos respectivos profissionais de saúde, são suficientes para amparar as deduções efetuadas na declaração do exercício 2012, ano-calendário 2011, de modo que não deve prevalecer a glosa efetuada pelo Fisco.
5 - Insubsistência do lançamento de ofício reconhecida e CDA nulificada, com determinação para levantamento do protesto formalizado pela Fazenda Nacional.
6 - Apelação do contribuinte provida e apelação da União desprovida.

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 do contribuinte e negar provimento à apelação da União (Fazenda Nacional), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de abril de 2018.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora):

Trata-se de apelações em ação de conhecimento com vista à anulação de lançamento de imposto de renda da pessoa física decorrente de glosa de despesas declaradas pelo contribuinte no exercício de 2012, ano-calendário 2011.

O contribuinte sustenta a inconsistência da CDA nº 8011509145972 encaminhada a protesto, notadamente porque as despesas deduzidas na declaração de renda, no valor total de R$ 27.128,68, encontram-se comprovadas por meio de recibos que atendem aos requisitos estabelecidos na legislação tributária, impondo-se, por conseguinte, a nulidade do lançamento de ofício no valor de R$ 7.140,39 e respectivos acréscimos a título de multa (R$ 5.355,29), juros de mora (R$ 3.891,86) e encargo legal (R$1.638,75), que representam o montante de R$18.026,29. Salienta que, nos termos do art. 8º, § 2º, III, "a", da Lei nº 9.250/95, as despesas médicas podem ser abatidas na apuração do imposto de renda sem obedecerem a qualquer limite, de sorte que não subsiste o lançamento de ofício efetuado pelo Fisco. Postulou a nulidade da CDA e do consequente protesto, atribuindo à causa o valor de R$18.026,29.

A r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido e determinou a anulação parcial da CDA nº 8011509145972, na parte relativa à glosa das despesas médicas com Felício Antonio Saad, R$ 3.390,00, Curat Consultório Unif de Recurso de Arte Terapêutica Ltda., R$ 300,00, Rodrigo Bairros Alves, R$ 140,00, e Amil Assistência Médica Internacional S.A., R$ 6.121,14, com a consequente redução de correção monetária, juros e multa. Em razão da sucumbência recíproca, condenou a autora ao pagamento das custas proporcionais ao proveito econômico obtido pela ré, a ser apurado na fase de cumprimento da sentença, e condenou cada ligante ao pagamento de honorários advocatícios fixados no percentual mínimo do § 3º do art. 85 do Código de Processo Civil, de acordo com o inciso correspondente ao proveito econômico obtido pela parte adversa, de modo a possibilitar eventual majoração, nos termos do § 11 do referido dispositivo, e observado, ainda, o § 5º, por ocasião da apuração do montante a ser pago.

Apelação da autora sustentando que, ainda que não haja comprovação por meio de cheques ou de saques realizados para o pagamento dos valores correspondentes aos serviços médicos prestados, presumem-se como provas idôneas as declarações prestadas pelos profissionais de saúde, de modo que todas as despesas médicas declaradas à autoridade fiscal devem ser reconhecidas como hábeis a demonstrar a legalidade dos valores deduzidos na sua declaração de renda. Postula, por fim, a anulação da CDA nº 8011509145972 e do seu indevido protesto, bem como a condenação da recorrida ao pagamento de honorários advocatícios, e, subsidiariamente, a redução dos honorários fixados em favor da ré.

Apelação da União sustentando que grande parte dos documentos juntados como recibo

não atende aos requisitos legais, à medida que não aponta o endereço e CPF do recebedor dos pagamentos, e que a autora não apresentou cópia dos cheques nominativos relativos a tais pagamentos.

Com contrarrazões apenas da União, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora):

A controvérsia versa sobre a suposta nulidade do lançamento de ofício de imposto de renda em razão de glosa de valores deduzidos pelo contribuinte a título de despesas médicas no exercício 2012, ano-calendário 2011.

Antes de tudo, impende considerar que, embora o MM. Juízo tenha feito alusão à despesa médica reportada no demonstrativo de rendimentos fornecido pelo Governo do Estado São Paulo - São Paulo Previdência - SPPREV, fl. 66, IAMSPE, no valor de R$ 237,54, não houve apreciação quanto à possibilidade de dedução desta despesa, assim, nos termos do art. 1.013, § 1º, do Código de Processo Civil, a referida questão será examinada nesta instância recursal.

No que tange aos comprovantes de pagamento já reconhecidos pela r. sentença como suficientes à demonstração das despesas efetuadas pelo contribuinte para fins de dedução na apuração do imposto de renda, impende considerar que se trata mesmo de documentos que atendem perfeitamente aos requisitos veiculados no art. 8º, III, "a", da Lei nº 9.250/95, impondo-se a prevalência do que restou decidido na instância inaugural.

No que toca aos documentos comprobatórios de despesas que foram desconsiderados na instância inaugural, cabem as seguintes constatações:

1 - os recibos de fls. 38/45, pagamentos efetuados a Luiz Alberto Sanches de Oliveira, psicólogo, CPF nº 164.573.238-04, no valor total R$ 4.800,00, embora não informem o endereço do aludido profissional, discriminam o número do seu CPF, o serviço prestado à autora, consistente em sessões de psicoterapia em dias específicos, bem como o local da prestação;

2 - os recibos de fls. 45/48, pagamentos efetuados a Alberto da Rocha Moraes, cirurgião dentista, CPF 169.951.658-88, no valor de R$ 6.000,00, embora não informem o endereço do referido profissional, discriminam o número do seu CPF, o serviço prestado à autora, qual seja, tratamento odontológico (implantes), a data e o local da prestação;

3 - os recibos de fls. 54/65, pagamentos efetuados a Aline Francielle Palmeira, fisioterapeuta, CPF nº 308.763.808-0, no valor de R$ 6.000,00, necessário ressaltar que os referidos recibos, embora não informem o endereço da referida profissional, discriminam o número do seu CPF, o serviço prestado à autora, consistente em sessões de fisioterapia, a data e o local da prestação;

4 - o recibo de fl. 52, pagamento efetuado a Elvira Sonia Nunes Ursich, fisioterapeuta, CPF nº 067.600.558-61, no valor de R$ 140,00, embora não informe o endereço da referida profissional, discrimina o número do seu CPF, o serviço prestado à autora, consistente em sessões de R.P.G., a data e o local da prestação;

5 - o demonstrativo de rendimentos fornecido pela São Paulo Previdência - SPPREV, fl. 66, destaca o pagamento feito pela contribuinte ao IAMSPE, CNPJ 60.747.318/0001-62, no

valor de R$ 237,54.

O demonstrativo de rendimentos fornecido ao contribuinte, fl. 66, destaca o pagamento de despesas médicas efetuado ao Instituto de Assistência Médica do Servidor Público Estadual - IAMSPE, de modo que se trata de documento apto a amparar a dedução efetivada pelo contribuinte, não se mostrando plausível a recusa manifestada pelo Fisco.

Por outro lado, não se olvida que, segundo o regramento do art. 8º, § 2º, III, "a", da Lei nº 9.250/95, a dedução de despesas está adstrita aos pagamentos especificados e comprovados, com a indicação do endereço do prestador de serviço, entretanto, cumpre salientar que a falta dessa informação, por si só, não é motivo suficiente para a recusa dos documentos apresentados pelo contribuinte, mormente se tais documentos contiverem a identificação do profissional pelo seu nome e número de CPF, a indicação do tratamento e do valor do serviço, bem como a data e o local da prestação, de modo a possibilitar ao Fisco eventual investigação acerca da idoneidade de tais documentos.

Por sua vez, nos termos do dispositivo legal retromencionado, na falta de documentação hábil, o contribuinte poderá comprovar o pagamento das despesas dedutíveis por meio de cheque nominativo ao prestador de serviços, de sorte que se trata de alternativa colocada à disposição do contribuinte e que não pode ser exigida conjuntamente com os recibos de pagamentos fornecidos pelo prestador de serviço.

Ademais, a recusa fazendária não tem lastro em procedimento administrativo prévio visando à constatação da inidoneidade dos comprovantes apresentados pelo contribuinte, seja pela inexistência do profissional prestador do serviço ou da sua inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF, pelo cancelamento do seu registro profissional, pelo não recebimento dos valores apontados pelo contribuinte ou, ainda, que tais valores não constaram de suas declarações de renda.

Neste sentido, os seguintes julgados desta egrégia Corte:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA. IRPF. DEDUÇÃO DE DESPESAS MÉDICAS. DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS. TOMADOR DO SERVIÇO. IDENTIFICAÇÃO. ELEMENTO ESSENCIAL. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. MULTA DE OFÍCIO. ARTIGO 44, I, LEI 9.430/1996. LEGALIDADE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.
> ...
> 2. Para comprovação de despesa médica dedutível do imposto de renda, desnecessário que o contribuinte junte recibo de pagamento em conjunto com a prova da emissão e desconto de cheque ou saque de dinheiro, pois são formas alternativas, não cumulativas, de comprovação da despesa.
> *3.* A identificação do tomador do serviço médico ou responsável pelo pagamento é essencial para vincular a despesa à dedução do imposto de renda da pessoa específica, evitando que o mesmo recibo possa ser utilizado por mais de um contribuinte. A falta de tal informação, embora possa ser suprida, exige que a prova adicional seja cabal na individualização do contribuinte, frente à despesa específica.
> ...
> (AC nº 0002722-55.2013.4.03.6103, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, DJe 29/08/17)

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO. IRPF. GLOSA DE DEDUÇÕES DE DESPESAS MÉDICAS E ODONTOLÓGICAS. COMPROVAÇÃO. IDONEIDADE DOS RECIBOS APRESENTADOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE FRAUDE PELO FISCO. DÉBITO ANULADO.

1. Não deve ser conhecido o agravo retido interposto, vez que não reiterado nas razões de apelação da União Federal, nos termos do artigo 523, § 1º, do antigo Código de Processo Civil, vigente à época da interposição do recurso.
2. Os recibos emitidos pelos profissionais prestadores de serviço e entregues ao contribuinte, com todos os dados exigidos no inciso III do § 2º do artigo 8º da Lei nº 9.250/95, são suficientes para a comprovação das despesas médicas deduzidas do imposto de renda. Surgindo dúvida sobre a autenticidade destes, cabe ao Fisco demonstrar a existência de fraude, comprovando que o recibo é falso ou simulado, afastando a presunção de boa-fé do contribuinte.
3. Apenas na ausência do recibo emitido pelo profissional da saúde ou no caso de declaração de inidoneidade, pela Receita Federal e em processo administrativo específico, de todos os recibos emitidos por determinado profissional em razão de fraude, é que seria exigível a prova do efetivo pagamento das despesas e da realização dos serviços profissionais, como cópia de cheques, extratos bancários, prontuários/exames médicos, oitiva/declaração dos profissionais liberais, etc.
4. No caso dos autos, a parte autora juntos aos autos os recibos emitidos mês a mês, no ano de 2001, pela psicóloga Dra. Marina Moura, que totalizam o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), além de declaração da profissional liberal informando que a autora esteve sob seus cuidados no ano de 2001, bem como os recibos emitidos pelo dentista Dr. Dirceu Sônego, que totalizam o valor de R$ 1.140,00 (um mil, cento e quarenta reais), e de três cheques depositados na conta de Andréia Cristina Sálvio, secretária do referido profissional, totalizando o mesmo valor, sendo desnecessária a prova exigida pelo Fisco do efetivo pagamento das despesas. Ademais, não houve declaração de inidoneidade, pela Receita Federal, de todos os recibos emitidos por esses profissionais. Por fim, a existência de fraude em relação a outra dedução indevida realizada pela contribuinte (relativa ao profissional de saúde Dr. José Fernandes Rodrigues dos Santos), por si só, não comprova que os recibos apresentados pela parte autora, em relação aos demais profissionais liberais, são inidôneos.
5. Deve ser mantida a r. sentença que determinou a anulação do auto de infração lavrado pela autoridade administrativa, na parte relativa à glosa de dedução com as despesas relativas a esses profissionais.
6. Apelação a que se nega provimento.
(AC nº 0002096-58.2008.4.03.6120, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, DJe 16/08/16)

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. DESPESAS MÉDICAS COMPROVADAS. DEDUÇÃO. POSSIBILIDADE. NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO. ANULADA EM PARTE.
1. O artigo 8º, inciso III, da Lei nº 9.250/95 determina quais são os requisitos legais para a comprovação de pagamentos de despesas médicas passíveis de dedução.
2. O artigo 73, do Decreto nº 3000/99 - (Regulamento de Importo de Renda - RIR/99), assevera que todas as deduções do imposto de renda estão sujeitas à comprovação ou justificação, a juízo da autoridade lançadora.
3. A autoridade fiscal, na hipótese de os recibos oferecidos não estarem de acordo com o determinado na Lei nº 9.250/95, poderá requerer informações suplementares.
4. A exigência do Fisco, dentro dos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência (art. 37 da CF), deve corresponder a uma necessidade fiscalizatória demonstrada por meio de motivação razoável.
5. A Receita Federal aponta indícios de inidoneidade nos recibos emitidos, sob o argumento de que não reúnem os requisitos legais constantes do artigo 80, § 1º, inciso III, da Lei nº 9.250/95. Afirma, ainda, que não restou comprovada a prestação dos serviços ou o efetivo pagamento dos valores e que, após minuciosa análise dos documentos (recibos sem numeração, de valor elevado, com descrição genérica dos serviços prestados, sem o endereço do prestador de serviço), o contribuinte deveria apresentar outros documentos além de recibos

e declarações dos prestadores, como fichas médicas ou odontológicas, agendas dos profissionais, receitas, exames, notas fiscais de aquisição de medicamentos, extratos bancários para confirmação de saques, etc.
7. As alegações da Receita Federal são genéricas, não apontando, efetivamente, porque as declarações das profissionais de saúde não seriam idôneas e suficientes para comprovar a prestação do serviço. A União deveria apresentar, ao menos, indícios veementes de sua falsidade, não se tendo notícia de que emitiu ato declaratório de inidoneidade dos recibos emitidos pelos profissionais, ou que houve início de qualquer ação fiscal em face dos referidos profissionais de maneira a comprovar que eles não receberam as quantias mencionadas e que elas não compuseram seus rendimentos declarados à Receita Federal.
9. Os documentos apresentados pela impetrante são suficientes para demonstrar suas despesas médicas, para fins de dedução do imposto de renda, no exercício de 2005, devendo ser anulada a notificação de lançamento, no que diz respeito à dedução indevida das despesas médicas acima indicadas.
10. Quanto à ausência de comprovantes das despesas da Unimed Paulistana, verifica-se que foram lançadas somente as diferenças entre o total declarado de R$ 11.955,12 e o valor constante do comprovante de fls. 42, no montante de R$ 9.238,68, devendo o auto de infração ser mantido, permanecendo indevida a dedução referente aos R$ 2.716,44.
11. Apelação parcialmente provida.
(AC nº 0015597-51.2013.4.03.6105, Rel. Des. Fed. Marcelo Saraiva, 4ª Turma, DJe 06/02/18)

Portanto, ainda que tais recibos de pagamento não informem os endereços dos respectivos profissionais de saúde, há que se reconhecer que são documentos válidos para amparar as deduções empreendidas pelo contribuinte na declaração do exercício 2012, ano-calendário 2011, de sorte que não deve prevalecer a glosa efetuada pelo Fisco.

Destarte, reconhecendo a insubsistência do procedimento fiscal, nulifico a CDA nº 8011509145972 e determino o levantamento do protesto formalizado pela Fazenda Nacional.

Quanto à sucumbência, em razão do acolhimento integral da pretensão suscitada pelo contribuinte, impõe-se a condenação da União ao ressarcimento das custas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% do proveito econômico obtido pela autora, na forma do art. 85, § 3º, I, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, dou provimento à apelação do contribuinte e nego provimento à apelação da União (Fazenda Nacional).

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

Sentenças



PROCEDIMENTO COMUM
0001975-88.2015.4.03.6183

Autor: SILAS NEI DE SOUZA
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 20/04/2018

Silas Nei de Souza, interditado, representado pela curadora, Sra. Marta Lúcia de Souza, nascido em 12/01/1974, ajuizou a presente ação, sob o procedimento ordinário, em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, objetivando o restabelecimento do benefício de pensão por morte, em razão do *falecimento do pai*, Sr. João Francisco de Souza, ocorrido em *13/05/2006, na condição de filho incapaz, cumulado com declaração de inexigibilidade da devolução do valor de R$59.204,82 referente ao período em que recebeu o benefício e que a autarquia previdenciária julga indevido (13/02/2009 a 30/06/2014).*

A parte autora narrou ter *percebido o benefício de pensão por morte (NB 142.272.921-1) de 13/05/2006 a 01/06/2014, quando restou cessado pela autarquia previdenciária sob a alegação de irregularidade na manutenção do benefício diante da cessação da qualidade de dependente (fls. 15/66).*

Juntou procuração e documentos (fls. 02/66).

Concedidos os benefícios da assistência judiciária gratuita e deferido em parte o pedido de antecipação dos efeitos da tutela às fls. 69/71.

O Instituto Nacional do Seguro Social apresentou contestação às fls. 79/91, pugnando pela improcedência do pedido.

Réplica às fls. 121/124.

Documentos apresentados às fls. 101/105 e 126/129.

Houve a realização de perícia médica na especialidade psiquiátrica (fls. 111/118 e 131/132), acerca da qual a parte autora se manifestou às fls. 133.

Manifestação do Ministério Público Federal às fls. 136/137.

Vieram os autos à conclusão.

Do Mérito

O benefício previdenciário de pensão por morte é devido ao conjunto de dependentes do segurado falecido, aposentado ou não. Destina-se a garantir a manutenção financeira em razão da cessação da renda familiar decorrente da morte do segurado instituidor. A sua concessão independe de carência, mas exige a comprovação de três requisitos legais: qualidade de segurado do instituidor, seu óbito e a qualidade de dependente do pretenso beneficiário, segundo critérios constantes do art. 16 da Lei nº 8.213/91.

A *qualidade de segurado instituidor e o óbito do Sr. João Francisco de Souza restam incontroversos*, tendo em vista que o de cujus recebia aposentadoria por tempo de contribuição (NB 110.838.408-8), conforme consta às fls. 13 e a certidão de óbito consta dos autos às fls. 12.

A controvérsia recai sobre a qualidade de dependente da parte autora na condição de filho incapaz.

Da condição de dependente da parte autora

Preceitua o artigo 16 da Lei 8.213/91 que são beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

> I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou *inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave*; (...)
> § 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada. (Grifo nosso).

Importante observar que, *ao tempo do óbito em 13/05/2006*, o artigo 16, inciso I, apresentava um conceito mais restrito ao falar que "são beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, na condição de dependentes do segurado o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos *ou inválido*".

Na petição inicial, a parte autora alega ser portadora de retardo mental leve/moderado, motivo pelo qual foi declarada sua interdição pelo Juízo Estadual, fato que consiste no reconhecimento judicial da deficiência mental.

A partir do documento de fls. 22, constata-se que a Previdência Social deu início a instauração de procedimento administrativo, e identificou *indícios de irregularidade na manutenção do benefício, sob o fundamento da perda da qualidade de dependente da parte autora, constatada pelo retorno voluntário ao trabalho.*

O *exame médico pericial* da Previdência Social, que ensejou a cessação do benefício, ocorreu no dia 04/04/2014, e concluiu ser a parte autora conforme a seguir transcrito (fls. 53/55):

> Portador de retardo mental leve/moderado que trabalha formalmente com função de limpeza. Sua limitação é para desempenho de atividades intelectuais mais complexas. Não tem incapacidade omniprofissional. Não caracterizado situação de maior inválido, logo parecer contrário quanto ao B21. Tendo em vista se tratar de doença congênita, entendo que nunca teve incapacidade ominiprofissional, pois sempre teve retardo mental e sempre teve o potencial para o exercício de menor exigência intelectual, como de faxineiro.

A fim de comprovar a qualidade de filho inválido do segurado instituidor do benefício, *a parte autora apresentou os seguintes documentos*:

a) Certidão de curador definitivo emitida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de São Paulo/Capital, em que consta a interdição da parte autora (fls. 09 e 39).

b) Histórico de incapacidade com documentos datados nos anos de 2006 a 2016 (fls. 51, 102/105 e 126/129).

No tocante à incapacidade, *a perita judicial concluiu, em um primeiro momento, pela não caracterização da situação de incapacidade laborativa*, conforme a seguir transcrito (fl. 113/114):

> (...) O autor possui uma deficiência mental de leve a moderada. Em função das dificuldades cognitivas demorou a começar a falar, não se alfabetizou, tem dificuldade para lidar com dinheiro. Por isso mesmo foi interditado para os atos da vida civil para lidar com dinheiro. Contudo, a despeito das limitações cognitivas vem sendo capaz de desenvolver atividade remu-

> nerada. Desde 2000 tem alguns vínculos empregatícios como auxiliar de limpeza. *Ele recebe um salário mínimo para trabalhar na limpeza de um CEU em Capão Redondo.* Ele vai até lá de ônibus e trabalha. Dessa maneira, do ponto de vista estrito ele não pode ser considerado inválido. Ele tem limitações e consegue trabalhar. Dentro do enunciado da lei que prevê a concessão de pensão por morte ele não pode ser considerado filho maior inválido. (grifo nosso)

No dia da realização da perícia, a parte autora esclareceu fazer tratamento psiquiátrico desde quinze anos, pois até esta idade nada falava; que começou a frequentar a APAE com quinze anos de idade; que continua trabalhando no CEU de Capão Redondo como auxiliar de limpeza.

Posteriormente, retificando o laudo pericial, a conclusão foi no sentido de não restar caracterizada *situação de incapacidade laborativa para trabalhar em vaga para deficiente, como descrito às fls. 132*:

> Após examinarmos o senhor Silas Nei de Souza chegamos à concussão que o mesmo é portador de encefalopatia congênita que se expressa a través de retardo mental de leve a moderado não estando incapacitado para trabalhar através da vaga de deficiência como auxiliar de limpeza de um CEU no Capão Redondo. Ocorre que o preposto. (...)
> *Por falha nossa não especificamos que o autor trabalha dentro das vagas de deficiente do CEU. A lei prevê uma porcentagem de vagas para admissão de deficientes nas instituições nem funções remuneradas.* E nesse sentido falta razão à defensoria e à mãe do autor porque não se pode alegar que ele vai ao CEU apenas para ter uma atividade diária porque ele é remunerado no valor de um salário mínimo e é contratado da instituição.
> *Assim, sendo de fato ele recebeu pensão por morte por um período até que a autarquia a suspendeu porque descobriu o vínculo de trabalho. Ele sem dúvida precisa de um comprimido de Clorpromazina para dormir e também apresenta rebaixamento intectual com analfabetismo e dificuldade para lidar com dinheiro, mas é capaz de trabalhar em vaga para deficiente e é remunerado, vai de ônibus e volta de ônibus. No mercado de vagas para deficientes ele compete em igualdade de condições com outros deficientes.* (...) (grifo nosso)

Deste modo, *verifica-se dos fundamentos presentes no documento de fls. 22, datado de 13 de fevereiro de 2014, que a autarquia previdenciária iniciou a revisão administrativa do benefício por considerar que, ao exercer atividade laborativa, a invalidez da parte autora teria cessado.*

Contudo, o simples exercício de atividade laborativa remunerada não indica diretamente a cessação da invalidez ou deficiência.

Por força do que dispõe o artigo 201 da Constituição Federal, a previdência social deve atender à cobertura dos eventos doença, invalidez, morte e idade avançada, além de outros especificados nos demais incisos e parágrafos desse dispositivo. Dessa forma, a proteção dos indivíduos, na previdência social brasileira, é feita em atenção à enumeração legal de contingências sociais específicas que produzem determinadas situações de necessidade social. Contingências sociais definem-se, pois, como classe de acontecimentos legalmente tipificados apto a darem lugar às situações de necessidade social que serão supridas pelas prestações previdenciárias.

A pensão por morte é uma das prestações previdenciárias devida aos dependentes do segurado pela morte deste. Com a morte do segurado, os que dele dependiam economicamente perdem a sua fonte de subsistência e em face desta contingência social é deferida a pensão por morte.

Em 25 de agosto de 2009, o Presidente da República, nos termos do artigo 84, inciso IV, da Constituição, por meio do Decreto nº 6.949, *promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo*, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, *conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição, sendo assim, recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro com status constitucional.*

Por sua vez, tendo como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em 6 de julho de 2015 foi promulgada a *Lei nº 13.146, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), visando o estímulo ao trabalho da pessoa deficiente, e possui como finalidade assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.*

Referido Estatuto prevê em seu artigo 34 que *a pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.*

A deficiência, segundo o conceito introduzido pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (que possui status de emenda constitucional), está relacionada aos 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.

A nova definição leva em consideração dois aspectos principais: o biológico, no que se refere a impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial; e o sociológico, ao tratar da interação dos impedimentos biológicos com barreiras, e a obstrução da participação plena e efetiva do deficiente na sociedade, em igualdades de condições com as demais pessoas.

Note-se, pois, que em nenhum momento a Convenção faz referência à incapacidade, de modo que para a aferição da Deficiência não é necessária a incapacidade para o desempenho do labor habitual, tanto que, atualmente, temos a aposentadoria especial à pessoa com deficiência, regulamentada pela Lei Complementar nº 142/2013.

Ademais, a lei 8.213/91, conhecida como *lei das cotas de deficientes*, em seu artigo 93, determina às empresas a obrigatoriedade da observância mínima de contratação de pessoas com deficientes, sob pena de autuação de multa administrativa.

Por sua vez, em 04 de novembro de 2015, a Lei 13.183 incluiu o *§ 6º no artigo 77 da Lei 8.213/91, que dispõe* "o exercício de atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual, não impede a concessão ou manutenção da parte individual da pensão do dependente com deficiência intelectual ou mental ou com deficiência grave". Em uma interpretação axiológica, constata-se que a alteração legislativa busca explicitar os valores que serão concretizados pela norma, sendo possível retroagir para alcançar fatos anteriores à sua edição.

Deste modo, o simples fato de um beneficiário da Previdência Social exercer atividade laborativa não é motivo para cessar o benefício recebido a titulo de incapacidade.

Todo deficiente tem o direito à inclusão social. Há um contrassenso por parte do INSS punir um deficiente que, ao tentar a inclusão por meio do retorno ao trabalho, tem o benefício previdenciário cessado.

No caso em tela, a parte autora, frequentador da APAE - Associação de Pais Amigos dos Excepcionais, possui retardo mental de leve a moderado, trabalha dentro das vagas de

deficientes do CEU – Centro Educacional Unificado, e, em condições de igualdade, apenas consegue competir no mercado de trabalho nas vagas reservadas para deficientes.

Assim, considerando a deficiência intelectual da parte autora comprovada pelos laudos médicos, a incapacidade diagnosticada em momento anterior ao óbito do segurado, bem como as condições sociais apresentadas no feito, é imperioso reconhecer o direito ao restabelecimento do benefício de pensão por morte na qualidade de filho incapaz.

Dispositivo.

Diante do exposto, *julgo procedente* o pedido para: *a)*conceder o *restabelecimento do benefício de pensão (NB 21/142.272.921-1)* por morte a partir da data da cessação em 01/06/201; b) *DECLARAR* a inexistência do débito previdenciário com relação aos valores de caráter alimentar recebidos de boa-fé pela parte autora a título de pensão por morte *no período de 13/02/2009 A 30/06/2014 no importe de R$ 59.204,82 (NB 21/142.272.921-1); C)* condenar o INSS ao pagamento de atrasados, devidos desde *01/06/2014*, incidindo a atualização monetária a partir do vencimento de cada parcela e juros de mora a partir da citação, tudo conforme Manual de Orientações e Procedimentos para os Cálculos na 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.

Juiz Federal RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

PROCEDIMENTO COMUM
0005693-54.2016.4.03.6120

Autores: JALME DE SOUZA FERNANDES E ZILDA CANDIDA RESENDE FERNANDES
Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/03/2018

I - RELATÓRIO

Trata-se de ação de conhecimento proposta por JALME DE SOUZA FERNANDES e ZILDA CANDIDA RESENDE FERNANDES contra a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL por meio da qual os autores pretendem a prorrogação do prazo para o pagamento de dívidas oriundas de duas cédulas de crédito rural. Em resumo (inicial às fls. 02-10 e 164-172) os autores narram que em 2015 firmaram contratos com a requerida visando ao financiamento do cultivo de soja na safra 2015-2016, em propriedade rural localizada no interior do estado de Tocantins. Contudo, em razão de fatores climáticos desfavoráveis, a empreitada rural foi um fracasso (choveu em excesso quando não podia e quase nada quando era necessário) resultando na quebra total da produção. Em razão desse desastroso panorama, os autores requereram o alongamento da dívida, porém o benefício foi indeferido pela Caixa Econômica Federal. Na visão dos autores, a recusa ao pedido de prorrogação do prazo para pagamento não se sustenta, uma vez que preenchidos todos os requisitos exigíveis. Tanto é assim que outros produtores da mesma região foram atendidos.

Na primeira decisão que lancei nos autos (fls. 158-159) deferi pedido de antecipação dos efeitos da tutela para determinar a suspensão da exigibilidade dos débitos discutidos. Também agendei audiência de conciliação, mas as partes não chegaram a um acordo (fl. 181).

Em sua contestação (fls. 200-209) a Caixa Econômica Federal disse que a área técnica do banco apurou irregularidades no plantio que impediram a prorrogação do prazo de pagamento. A vistoria constatou que (i) o plantio não ocorreu segundo as determinações técnicas, (ii) houve uma redução da área plantada em 110 ha e (iii) a seguradora cancelou a apólice e devolveu o premio do seguro agrícola, sob o fundamento de que a área do plantio possui solo tipo 1 (arenoso) sendo que no projeto foi informado solo de textura média. De resto, a contestação se concentrou em aspectos do contrato (juros, amortização etc.) que sequer foram articuladas na inicial.

Em audiência realizada em 18 de outubro de 2016 foram inquiridas duas testemunhas (fl. 289-290). Posteriormente a Caixa Econômica Federal requereu a oitiva do engenheiro que redigiu o laudo que fundamentou o indeferimento do alongamento. Na decisão das fls. 342-343 deferi a oitiva do engenheiro como testemunha do juízo, porém sobreveio a informação de que a testemunha faleceu dez dias antes da realização da audiência (fl. 352).

É a síntese do necessário.

II – FUNDAMENTAÇÃO

O item 9 da seção 6 do capítulo 2 do Manual de Crédito Rural estabelece o seguinte:

> 9 - Independentemente de consulta ao Banco Central do Brasil, é devida a prorrogação da dívida, aos mesmos encargos financeiros antes pactuados no instrumento de crédito, desde

que se comprove incapacidade de pagamento do mutuário, em consequência de:
a) dificuldade de comercialização dos produtos;
b) frustração de safras, por fatores adversos;
c) eventuais ocorrências prejudiciais ao desenvolvimento das explorações.

De acordo com orientação sedimentada na súmula nº 298 do STJ, "o alongamento de dívida originada de crédito rural não constitui faculdade da instituição financeira, mas direito do devedor nos termos da lei".

No caso dos autos, os autores celebraram com a Caixa Econômica Federal dois financiamentos agrícolas para custear o plantio de soja na safra 2015-2016, documentados nas cédulas rurais pignoratícias nº 78685/0598/2015 (486.652,80) e nº 81759/0598/2015 (R$ 486.652,96), ambas com vencimento em 02/07/2016.

Em abril de 2016 os autores requereram a prorrogação do prazo de pagamento da dívida, com fundamento na frustração da safra por fatores diversos. Segundo se infere do laudo técnico que instruiu o requerimento, a frustração da safra foi decorrência de estiagem histórica na região — escorando-se em matéria veiculada em *site* especializado em agricultura, o laudo aponta que em 2015, no período do plantio da soja, "... a queda no índice de chuva acumulada apresentou queda de 81% quando comparado com o mesmo período de 2014".

Contudo, a vistoria da Caixa Econômica Federal identificou inconsistências no plantio que fizeram o empreendimento ser avaliado como irregular, qualificação que impede a prorrogação da dívida. Os laudos de fiscalização elaborados pelo fiscal da Caixa Econômica Federal[1] apontam que em na área objeto da cédula rural nº 78685/0598/2015 foi executado o preparo do solo (correção e adubação do solo e mecanização da área de plantio), porém "... devido à estiagem ocorrida no mês de dezembro/15, não houve plantio na área objeto do financiamento". Na área objeto da cédula rural nº 81759/0598/2015 o problema foi a redução da área plantada em 110 ha, também motivada pela estiagem. O laudo informa que "... devido à estiagem no período do plantio parte da lavoura foi replantada uma vez, e outra parte duas vezes. Que também devido à estiagem houve redução da área plantada em 110 ha". Consta também que na vistoria foi possível observar que "... área plantada com muitas falhas, com redução drástica no stand da lavoura, apesar do replantio. Presença de plantas invasoras na lavoura". Não bastasse isso, a seguradora do contrato cancelou a apólice e devolveu o prêmio do seguro agrícola, alegando que o solo da área do plantio é do tipo arenoso, sendo que no projeto foi informado solo de textura média.

Pois bem.

Na linha do que sinalizei na decisão que antecipou os efeitos da tutela, é incontroverso que no final de 2015 e início de 2016 a denominada região do Matopiba, extensão geográfica que abrange áreas dos estados do Maranhão, Tocantins, Piauí e Bahia, foi abalada por estiagem de proporções históricas. Naquela oportunidade registrei que "... em consulta a sites idôneos que enfocam o meio rural, constatei que a seca em Tocantins abalou seriamente a economia daquele estado e impactou até mesmo o preço da soja no mercado interno. Seguem algumas manchetes tiradas dos sites visitados: Seca no sudeste do Tocantins aumenta custo de produção em 20%; Produtores de soja do Tocantins calculam prejuízos com a seca; Matopiba: produtores atingidos pela seca podem prorrogar dívidas diretamente no banco. Dessa última matéria, destaco o seguinte trecho: Somente no Tocantins, estima-se perda de 30% na safra de grãos,

1 A cópia de melhor qualidade está juntada às fls. 211-222.

podendo ser maior no caso da soja, com previsão de perda de 40% a 50% para a cultura. De acordo com a Secretaria de Agricultura do estado, a estiagem durante a safra 2015/2016 provocou perda de 670 mil toneladas de soja e 420 mil toneladas de milho".

O que deve ser definido é se as irregularidades apontadas pela fiscalização da Caixa Econômica Federal são estranhas a esse fenômeno meteorológico, de sorte que isoladamente poderiam fundamentar a negativa de alongamento das dívidas. E quanto a isso, penso que os autores conseguiram estabelecer percucientes contrapontos aos óbices levantados pela Caixa Econômica Federal.

Tomo como ponto de partida o resgate da prova oral colhida na instrução, em transcrição livre:

> *Paulo Ribeiro do Vale:* É gerente do condomínio Fernandes, conglomerado que abrange todos os arrendatários das fazendas Azul e Sussuapara, inclusive a gleba dos autores (os condôminos são da mesma família). O condomínio possui uma área plantada de mil e duzentos hectares, que são cultivados por todos os condôminos. Na safra de 2015/2016 houve perda total do cultivo, em razão da estiagem. Esse foi o terceiro ano de cultivo de soja naquela mesma propriedade. Na safra de 2015-2016 foi feito o plantio e o replantio da soja, mas em razão da seca a planta não germinou como o esperado. Foram feitos os preparos de solo necessários para o plantio da soja (calagem, gradagem e adubação). Não acompanhou a vistoria da Caixa Econômica Federa. Normalmente era o depoente quem fazia isso, mas não estava na fazenda no dia da vistoria. Não sabe se a vistoria se deu antes ou depois do replantio, tampouco sabe o que o fiscal concluiu. O solo da fazenda tende a arenoso. Nos anos anteriores a produção também não foi boa, mas a quebra foi menor. Em todos os anos o plantio se deu na mesma época. Mora em Tocantins desde 2014.
>
> *Gustavo Adolfo Pereira Lima Ubida:* Possui uma empresa que faz projetos para a concessão de financiamentos rurais. Foi ele que pleiteou o alongamento dos financiamentos dos autores e de outros produtores daquela região, num total de seis ou oito arrendatários. Três ou quatro não foram acolhidos, mas o restante foi nas mesmas condições, do mesmo jeito. O fato é que naquela região o problema com o clima foi muito sério; foi uma seca como nunca houve nos últimos anos. Em algumas áreas a perda foi total. Não bastasse chover pouco, choveu de forma irregular, o que prejudicou até mesmo o replantio. Até onde sabe, foram tomadas todas as formalidades administrativas para o alongamento da dívida. Não sabe qual foi a justificativa apresentada pela Caixa para não alongar a dívida dos autores. O projeto para acesso ao crédito contempla a documentação do cliente, da área, a atividade que vai ser desenvolvida, a análise da atividade naquela região e a elaboração segundo os referenciais estabelecidos pela Caixa Econômica Federal. Nesse projeto também é apresentado um cronograma de recomendação para utilização dos insumos e época de plantio. Mas no fim tudo depende do clima; se não chover, não tem jeito. No caso do financiamento dos autores, o depoente fez o projeto inicial, mas não prestou consultoria para o acompanhamento da lavoura. É do depoente o relatório apresentado no requerimento para o alongamento da dívida. Os dados referentes ao plantio e replantio foram prestados pelos funcionários da fazenda. A terra na propriedade dos autores é do tipo mista arenosa. Não é que ela seja arenosa, mas não tem um grau de argila elevada. Porém, tem argila o suficiente para tecnicamente recomendar o plantio de soja. Na região de cerrado o preparo do solo passa basicamente pela colocação de calcário. Fez projetos para os autores nos anos anteriores. Nas outras safras não teve perdas, o nível de produção foi satisfatório.

Como se vê, as testemunhas confirmam que foram adotadas todas as medidas exigíveis para o plantio, porém a histórica estiagem que ocorreu na região tornou inúteis os esforços.

Embora esse tenha sido a principal justificativa da Caixa Econômica Federal para indeferir a prorrogação da dívida, a ausência de plantio (total no caso da área de Zilda e parcial na gleba de Jalme) não foi comprovada de forma cabal. E justamente por ter dúvidas sobre esse tema que entendi necessário ouvir o engenheiro agrônomo que elaborou os laudos de fiscalização (Eduardo Ferreira Borges de Carvalho). Na decisão que determinou a oitiva ponderei que "Para mim não está claro de que forma o fiscal chegou a tal conclusão [redução da área plantada], se unicamente por informações prestadas pelo funcionário que o acompanhou ou se constatou com os próprios olhos a ausência parcial do plantio... e mesmo nesse caso, há que se perquirir a testemunha a respeito de possíveis causas para a ausência de plantio naquelas condições – com a região assolada por estiagem nunca vista – se o mesmo problema foi constatado em outras propriedades etc. Da mesma forma, ainda tenho algumas dúvidas a respeito da qualidade do solo na área do arrendamento, em especial se sua composição era propícia ou contraindicada para o plantio de soja, temas cujo debate certamente será enriquecido pelas informações da testemunha Eduardo".

Infelizmente, por essas circunstâncias da vida, não foi possível colher esse promissor depoimento, pois Eduardo faleceu em 17 de julho de 2017 (fl. 352), dez dias antes da audiência.

De toda sorte, mesmo que admitido que os autores não efetuaram o plantio segundo o informado no plano técnico que embasou os financiamentos, entendo que as excepcionais condições climáticas na safra 2015/2016 justificam certa flexibilização no cotejo entre a intenção e o gesto, vale dizer, entre o cronograma estabelecido no plano técnico e o que pôde ser de fato realizado.

Os documentos que instruem os autos revelam que as glebas arrendadas pelos autores integram uma área comum com mais de mil e duzentos hectares denominada Condomínio Fernandes. Essa área está dividida em quatro glebas de 375 ha, cada uma titulada por um membro da família Fernandes.[2] Pelo que se depreende da prova testemunhal, a exploração dos lotes não é independente, mas comum, tanto que havia um único gerente dava conta da administração de todo o condomínio.

Tendo em vista esse arranjo, é de se presumir que o plantio da soja não ocorreu de forma simultânea nas quatro glebas, o que pode justificar tanto a ausência de plantio na área titulada pela autora Zilda quanto a redução na área de plantio do autor Jalme. Afinal, se experiência nas outras duas glebas revelou que plantar soja naquele momento não levaria a lugar algum, em razão da excepcional estiagem, não era exigível que a experiência fosse repetida nas áreas dos autores, como que numa aplicação *rural* do denominado pensamento mágico, comportamento no qual o agente repete as mesmas ações na expectativa de resultados diferentes.

De mais a mais, ficou comprovado o preparo do solo nas glebas dos autores (calagem, adubação, mecanização etc.), de modo que se não houve o plantio, por certo foi para evitar o desperdício das sementes.

Outro aspecto que corrobora o direito dos autores à prorrogação dos contratos é o fato de que a outra metade do Condomínio Fernandes, no caso as glebas tituladas pelos condôminos Jalme de Souza Fernandes Júnior e Marcos Alexandre de Resende Fernandes Filho, tiveram os requerimentos de extensão do prazo de pagamento atendidos na via administrativa. Note-se que os contratos prorrogados tinham valores semelhantes aos dos autores (em torno de R$ 490 mil), previam a mesma área de cultivo (375 ha) e na mesma região, de modo que foram

2 Jalme de Souza Fernandes, Zilda Candida Rezende Fernandes, Jalme de Souza Fernandes Júnior e Marcos Alexandre de Resende Fernandes Filho.

afetadas pelas mesmas intercorrências climáticas. Até as datas de fiscalização dos condôminos são próximas — 21/01/2016 no caso de Marcos Alexandre de Resende Fernandes Filho e 27/01/2016 quanto aos demais.

A soma dessas circunstâncias indica que os fiscais da Caixa Econômica Federal[3] se debruçaram sobre realidades muito semelhantes. Logo, não se justifica a disparidade no tratamento dos contratos, de modo a autorizar a prorrogação para alguns e negar para outros.

Aliás, a diferença no processamento dos pedidos de prorrogação também fragiliza a o argumento de que o tipo de solo indicado no plano de trabalho dos autores (textura média) não corresponde ao encontrado na área do plantio (arenoso). A uma porque não se esclareceu a fonte dessa informação; nesse sentido, tudo o que se tem é a conclusão da seguradora, que com base nessa justificativa cancelou a apólice e devolveu o prêmio. E a duas porque não ficou esclarecido o dado mais importante, qual seja, se a qualidade do solo na área efetivamente é adversa ao cultivo de soja, o que é improvável, para dizer o mínimo. Sim, pois segundo os depoimentos das testemunhas desde 2013 os autores cultivam soja na mesma área, sendo que apenas na safra 2015/2016 experimentaram quebra significativa.

Ainda a propósito disso, vale lembrar que a testemunha Gustavo Adolfo Pereira Lima Ubida confirmou que o solo é predominantemente arenoso, mas que tal característica não contraindica o plantio de soja. Ao ser questionado especificamente sobre isso, o depoente disse o seguinte: [a partir de 10min38] "... o tipo de solo... lá é uma terra mista arenosa... mista não quer dizer que é arenosa... é que não tem um grau de argila tão elevado... então ela tem um teor um pouco mais alto de areia... mas tem argila o suficiente tecnicamente para recomendar o plantio de soja".

De mais a mais, não consta que os condôminos cujas prorrogações dos contratos foram deferidas também tiveram as apólices canceladas. E como todos estão na mesma região, não é razoável supor que a qualidade do solo varie significativamente entre uma gleba e outra.

Diante desse quadro, entendo que os óbices levantados pela Caixa Econômica Federal não são justificativas suficientes para o indeferimento do pedido de prorrogação, razão pela qual o direito deve ser reconhecido aos autores.

No que diz respeito ao prazo de prorrogação, vejo que nas respectivas propostas os autores solicitaram a prorrogação em cinco parcelas anuais, vencendo a primeira em 02/07/2017 e as demais na mesma data nos anos subsequentes. Tendo em vista que a perda na safra de 2015/2016 foi total, razoável a prorrogação por cinco anos, mesmo prazo concedido aos condôminos Jalme de Souza Fernandes Júnior e Marcos Alexandre de Resende Fernandes Filho.

Porém, há que se levar em consideração que a primeira parcela venceu no curso desta lide, quando os autores contavam apenas com a expectativa de acolhimento do pedido, se tanto. Não há notícia do pagamento, mas como não havia decisão autorizando ajuste dessa natureza, tudo leva a crer que a primeira parcela da prorrogação ficou em aberto.

Se por um lado não é razoável prorrogar o contrato com efeitos retroativos, o que automaticamente colocaria os autores na condição de inadimplentes, por outro não faz sentido estender o contrato além do prazo requerido na via administrativa. Logo, o acolhimento do pedido exige a fixação de um cronograma que, na medida do possível, atenda tanto aos interesses dos autores quanto da Caixa Econômica Federal, buscando distribuir de forma equitativa os ônus e os bônus da solução. É disso que passo a tratar.

---

3 A área titulada por Marcos Alexandre de Resende Fernandes Filho não foi vistoriada por Eduardo, mas sim pelo engenheiro agrônomo Joao Josué Batista Neto.

Partindo do princípio que a pretensão dos autores era a prorrogação do contrato em cinco prestações anuais, vencendo a primeira em 02/07/2017, é de se esperar que os demandantes tenham disponível o valor da primeira parcela e que estejam se preparando para reunir o valor da segunda. Por conta disso, entendo razoável estabelecer um cronograma que preveja o vencimento da primeira parcela em data próxima e as demais segundo a proposta original.

Atento a essas diretrizes, a primeira parcela da prorrogação vencerá em *02/05/2018, a segunda em 02/07/2018, a terceira em 02/07/2019, a quarta em 02/07/2020 e a quinta em 02/07/2021.*

Necessário retificar parcialmente a decisão que antecipou os efeitos da tutela, a fim de adequá-la ao cronograma ora estabelecido. Por conseguinte, a eficácia da decisão que determinou a suspensão da exigibilidade do débito fica condicionada ao pagamento das parcelas que se vencerem até o trânsito em julgado ou o decurso do prazo de liquidação, o que ocorrer primeiro. Para tanto, os autores deverão se dirigir à agência do contrato com antecedência mínima de dez dias do vencimento para manifestar o interesse no pagamento. Nesse caso, caberá ao banco providenciar o necessário para receber a prestação no prazo do vencimento, calculando o valor das parcelas segundo os critérios de atualização informados nos contratos.

Quanto aos honorários devidos aos autores, observo que o caso guarda peculiaridades que recomendam temperamento no arbitramento da sucumbência. Considerando que o acolhimento do pedido não exonerou os autores do pagamento dos financiamentos (nem era essa a pretensão), mas apenas determinou condições mais favoráveis ao pagamento, entendo que o saldo devedor 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.

Observadas essas diretrizes, fixo os honorários devidos pela Caixa Econômica Federal em R$ 5.000,00.

Tudo somado, impõe-se o julgamento de procedência do pedido.

III — DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo *PROCEDENTE* o pedido, extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I do CPC, para o fim de determinar a prorrogação dos financiamentos documentados nas cédulas rurais pignoratícias nº 78685/0598/2015 e nº 81759/0598/2015 em cinco prestações anuais, vencendo a primeira em 02/05/2018, a segunda em 02/07/2018, a terceira em 02/07/2019, a quarta em 02/07/2020 e a quinta em 02/07/2021, mantidas as demais condições do contrato.

Condeno a Caixa Econômica Federal ao pagamento das custas (obrigação que compreende o reembolso aos autores das custas adiantadas quando do ajuizamento da ação) e de honorários aos autores, que fixo em R$ 5.000,00, com fundamento no § 8º do art. 85 do CPC.

Retifico o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, nos termos da fundamentação.

Caso interposto recurso, vista à parte contrária para contrarrazões e remetam-se os autos ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Se for o caso, caberá ao recorrente a formação dos autos eletrônicos.

Comunique-se a prolação da sentença ao gabinete do Desembargador Federal Wilson Zauhy Filho, relator do AI 5001145-25.2016.4.03.0000.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Araraquara, 16 de março de 2018.

Juiz Federal Substituto MÁRCIO CRISTIANO EBERT

TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE
5002190-38.2018.4.03.6000

Requerente: MARÍLIA ALVES DE FREITAS
Requeridas: UNIÃO FEDERAL E ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE DE CAMPO GRANDE
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Juiz Federal: EWERTON TEIXEIRA BUENO
Disponibilização da Decisão: INTIMAÇÃO 02/04/2018

Vistos em plantão.

Cuida-se de ação ordinária proposta por *MARÍLIA ALVES DE FREITAS* em face da *UNIÃO FEDERAL* e da *ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE DE CAMPO GRANDE*, com pedido liminar, visando a concessão de provimento inibitório para impedir que a *SANTA CASA DE CAMPO GRANDE* realize tratamento transfusional na requerente e, consequentemente, que se determine o fornecimento do medicamento ALFAEPOETINA (ERITROPOETINA), como tratamento alternativo.

Narra a autora que, em razão do seu quadro de saúde, está internada nas dependências da SANTA CASA DE CAMPO GRANDE, pelo Sistema Único de Saúde, sendo que, após passar por um procedimento cirúrgico de troca de válvulas cardíacas, a mesma desenvolveu infecção hospitalar (bactéria acinetobacter) e teve que passar por outra cirurgia, ocasião em que foi diagnosticada com anemia, falência renal e infecção hospitalar.

Aponta que, com base em suas convicções, requereu tratamento médico isento de sangue de terceiros, o que vem sendo respeitado pela equipe médica que à luz da medicina moderna, baseada nas evidências científicas.

Aduz, além do mais, que o hospital tem demonstrado resistência em fornecer o medicamento, diante disso, estariam sendo adquiridos por meio de doação de amigos e familiares.

Nesse cenário, sustenta que a equipe médica tem ameaçado submetê-la a um tratamento que violaria sua consciência e dignidade.

Com a inicial, vieram documentos.

Por se tratar de autora incapaz, com apoio no art. 178, II, CPC, c/c art. 4º, III, CC, determinei, inicialmente, o envio dos autos ao Ministério Público Federal, cujo parecer pugnou o seguinte:

(i) Que seja deferido o pedido formulado em face da ASSOCIAÇÃOBENEFICENTE DE CAMPO GRANDE e pela UNIÃO, para imediato fornecimento do medicamento Eritropoetina a MARÍLIA ALVES DE FREITAS, em sede de liminar, sem prejuízo de posterior comprovação da efetiva negativa dos réus;

(ii) Que seja a parte autora, por seu representante, intimada com a urgência que o caso requer, para apresentar nos autos outros documentos aptos a corroborarem a vontade clara, mais atualizada e livremente manifestada por MARÍLIA ALVES DE FREITAS, quando ainda estava consciente, pugnando por nova vista do Ministério Público Federal, de maneira urgente, tão logo aportem aos autos novos documentos e informações;

Vieram os autos conclusos.

É a síntese do necessário.

Decido.

A questão discutida nos presentes autos é complexa, envolve de um *hard case* cujas premissas assentam-se, de um lado, na liberdade religiosa e, de outro, no direito à vida, ambos protegidos pela Carta Magna.

É certo que, no sistema de direitos fundamentais adotado pela Constituição Federal de 1988, as liberdades públicas detêm espaço singular. Têm como único paralelo em escala de importância o princípio da dignidade da pessoa humana. Na linguagem da Suprema Corte dos Estados Unidos, se "existe uma estrela fixa em nossa constelação constitucional, é que nenhuma autoridade, do patamar que seja, pode determinar o que é ortodoxo em política, religião ou em outras matérias opináveis, nem pode forçar os cidadãos a confessar, de palavra ou de fato, a sua fé nelas" (caso West Virginia Board of Education v. Barnette).

A ideia de liberdade, isto é, o status de uma pessoa como independente e igual, está relacionada diretamente ao direto de autodeterminação, caracterizado pela possibilidade de que cada indivíduo realize suas próprias escolhas existenciais, sem que tais escolhas sejam feitas por um terceiro, ainda que pelo Estado. Sem o exercício dessa liberdade mínima o ser humano não pode ser considerado digno

Sob essa perspectiva, a liberdade de religião, sendo um dos alicerces do sistema democrático, compreende não apenas a possibilidade de manifestações litúrgicas (Art. 5º, VI, da CF), mas também, a faculdade de que cada indivíduo, ao exercer sua liberdade religiosa, submeta-se, livremente, às restrições que sua fé eventualmente lhe imponha.

Por outro lado, tendo em vista a laicidade, não se pode afirmar que a norma religiosa há de prevalecer sempre sobre a norma estatal, sendo necessário reconhecer que o Estado deve levar em consideração as opções e crenças de cada um de seus súditos. Não existindo qualquer critério racional e inequívoco de verdade religiosa, as opções em matéria de fé são relegadas, numa ordem constitucional livre e democrática, para o foro da consciência individual. Com isso, é possível inferir-se que a proteção constitucional à liberdade religiosa, não se refere à tutela a uma corrente de ideias ou de pensamentos, mas à compreensão de um direito mais amplo de liberdade moral, que assegura a autodeterminação existencial e ética dos indivíduos.

Para garantir o efetivo exercício desse direito moral, é fundamental que a dignidade humana seja interpretada levando-se em consideração as diversas visões de mundo das pessoas e dos grupos que compõe a sociedade. No âmbito de uma sociedade plural, não há hierarquia em relação às definições. Por isso, conceito de dignidade da pessoa, especialmente quando relacionado à liberdade religiosa, deve ser encarado a partir de uma perspectiva mais ampla, de forma a permitir a compreensão de uma ideia de vida e dignidade eventualmente distinta daquela formulada pela moral e cultura predominantes.

Bem por isso, penso que assiste razão à autora, ao afirmar que transfundir contra sua vontade constitui um ato violador a sua dignidade. Abstratamente, a requerente, como qualquer outra pessoa, é titular do direito à vida e à saúde. Sem embargo, mesmo sendo detentora desse direito, inclusive o de transfusão de sangue pelo SUS, é relevante que tenha interesse de receber o aludido tratamento, isto é, se ela quiser tê-lo ou se for bom para ela exercer esse direito. Não cabe ao Estado ou a quem quer que seja decidir em nome das pessoas que são, ao menos formalmente, livres e iguais.

No presente caso, por ser Testemunha de Jeová, *MARÍLIA ALVES DE FREITAS* opõe-se à transfusão de sangue, acreditando que se assim o fizer estará violando mandamentos normativos contidos nas Sagradas Escrituras. Por essa razão, seria juridicamente inidônea, moralmente injusta e socialmente reprovável a afirmação de que, ao recusar um o mencionado procedimento médico, com arrimo na fé, o crente estaria meramente preferindo a morte em

detrimento da vida.

Como salientado, penso que o princípio da dignidade deve ser compreendido também de acordo com a visão de mundo do seu titular, ainda que essa visão de mundo esteja em conflito com o pensamento dominante. Nesse sentido, a adequada interpretação da Constituição tolera que se reconheça no mesmo princípio da dignidade concepções diversas a quanto ao seu conteúdo, sentido e alcance, condicionados por leituras inspiradas em crenças religiosas, em atenção ao pluralismo do Estado Democrático de Direito, harmonizando-se com a ideia de uma sociedade livre, justa, solidária e plural (Art. 3º, I, da CF).

Cabe ao Estado tratar as pessoas não apenas com respeito e consideração, mas com igual respeito e igual consideração, para tanto é fundamental que a autodeterminação individual, inclusive a orientação religiosa, seja plenamente respeitada.

Considerando o teor do art. 5º da Constituição Federal, não é inadequado deduzir que é de interesse geral que a requerida realize o tratamento mais indicado, inclusive com a transfusão de sangue, porém, o Estado e aqueles que atuam em seu nome não estão autorizados, por exemplo, a restringirem a liberdade religiosa sempre que lhes parecer que isso contribuirá para o aumento do bem-estar coletivo, tampouco lhe é facultado estringir a liberdade, partindo do pressuposto de que a concepção de uma pessoa sobre a forma de vida mais adequada para um grupo é mais nobre ou superior do que a de outro cidadão, pois argumentos meramente consequencialistas não servem de base para restringir direitos individuais.

Por tais razões, entendo que é plenamente possível que o indivíduo, com base na fé, de modo livre e consciente se recuse a determinado tratamento médico, ainda que essa recusa acarrete, eventualmente, no fim de sua existência.

Nada obstante, o caso que ora nos entretém, merece solução diversa, com base nos relevantes elementos trazidos pela autora em seus anexos. Refiro-me, especificamente, ao parecer do Ministro Luiz Roberto Barroso versando sobre a *Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunha de Jeóva*. Nesse estudo o Ministro afirma que "para que se repute o consentimento como inequívoco, ele deverá ser, ainda, personalíssimo, expresso e atual". No caso dos autos, a única prova documental que demonstra a vontade da autora de não se submeter ao procedimento de transfusão remonta o ano de 2010, quando subscreveu documento particular, com firma reconhecida junto ao 5º Tabelionato de Campo Grande/MS, declarando ser testemunha de Jeová, não aceitando procedimento de transfusão.

Nesse contexto, entendo que o consentimento não pode, ao menos para o fim a que se destina, ser considerado como expressão da atual vontade da autora, que se acha impossibilidade de exprimir o que pensa.

Não deixo de reconhecer, por outro lado, que o Ministério Público Federal, em sua manifestação, afirmou que, em contato telefônico com o médico responsável por atender a autora, concluiu que aparentemente trata-se, sim, de vontade atual e externada também à época em que a paciente deu entrada no hospital, entrementes, observo que esse fato não foi mencionado na inicial, tampouco restou documentalmente comprovado nos autos, de modo que pode, eventualmente, não refletir a realidade.

Sendo esse o contexto, embora improvável, é plenamente possível que a paciente tenha se arrependido. Como se sabe, entre as principais características das Diretivas Antecipadas, sobressai a da *revogabilidade incondicional*, sendo certo, consoante o parecer anexado pela demandante (nota de rodapé *91) que:* "Não se pode aceitar que alguém esteja vinculado por uma recusa de tratamento efetuada muito tempo antes do procedimento. Em qualquer caso, a manifestação pode ser revogada (..)".

Desse modo, sobretudo pela ausência de elementos recentes que indiquem, de forma segura, a vontade da autora, em juízo de caráter estritamente delibatório, próprio deste momento processual, não vislumbro a presença do *fumus boni iuris* necessário à concessão do provimento liminar, *ao menos na extensão em que pleiteada*.

No ponto, filio-me à corrente jurisprudencial majoritária:

> PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO RECEBIDO COMO AGRAVO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. AÇÃO RESCISÓRIA. *FUMUS BONI IURIS. NÃO DEMONSTRAÇÃO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA*. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.
> 1. Na hipótese em análise, o requerente busca a concessão de tutela de urgência nos termos do art. 300 do Código de Processo Civil de 2015 para que sejam suspensos os processos de execução do julgado que visa rescindir por meio da ação rescisória.
> 2. *A inexistência de demonstração de fumus boni iuris no caso dos autos impede o deferimento de antecipação de tutela*. Mesmo que o julgamento definitivo admita a rescisória e declare razoáveis as teses jurídicas do requerente, não será possível admitir eventual nulidades na decisão rescindenda sem prévia atividade instrutória.
> 3. Agravo interno não provido. RCD na AÇÃO RESCISÓRIA Nº 5.857 - MA (2016/0206444-5)
>
> AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AUSÊNCIA DO REQUISITO DO FUMUS BONI JURIS*. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. COMPROVAÇÃO DE CERTEZA, LIQUIDEZ E EXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO. REEXAME DE PROVAS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.
> 1. Consoante estabelece o art. 1.029, § 5º, III, do Código de Processo Civil de 2015, a competência desta eg. Corte Superior para apreciar pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso especial se inicia após a realização de juízo de admissibilidade pelo eg. Tribunal de Justiça.
> 2. *O deferimento da tutela de urgência somente é possível quando presentes, concomitantemente, o fumus boni iuris e o periculum in mora. Ausente um desses requisitos, como no caso, o pedido não comporta deferimento.*
> 3. Agravo interno a que se nega provimento. AgInt no PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA Nº 1.157 - SP (2017/0317547-1)

No que concerne ao pedido de concessão de medicamentos, adoto como razão de decidir os argumentos trazidos pela Ilma. Procuradora da República, Dra. Maria Olívia Pessoni Junqueira, *in verbis*:

> Quanto ao pedido de fornecimento do medicamento Eritropoetina pela ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE DE CAMPO GRANDE e pela UNIÃO, verifica-se dos documentos apresentados pela parte autora que há indicação médica para seu oferecimento (Receita firmada pelo Dr. Marco Antonio Araujo de Mello em 29 de março de 2018) e que, de fato, o medicamento está contido na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais de 2017[1] do Ministério da Saúde, sendo, portanto, medicamento técnica e cientificamente já utilizado pelo poder público para intervenções terapêuticas e incorporado àqueles já dispensados ordinariamente no Sistema Único de Saúde, dentro de sua previsão orçamentária.
> Sendo assim, entende-se que não há que se discutir, na ocasião, eventual violação à separação de poderes do Poder Executivo pelo Judiciário, por se tratar de medicamento já incorporado

1 Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf>. Acesso em 1º de abril de 2018.

ao RENAME e porque não haverá impactos orçamentários alocativos como decorrência da decisão judicial que eventualmente venha a ser proferida.
Com efeito, ao analisar o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE (julgado em 17/03/2010, pelo Tribunal Pleno do STF), o Supremo Tribunal Federal traçou alguns parâmetros iniciais para as decisões a respeito da dispensação de medicamentos postuladas judicialmente, mencionando: (i) a existência de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte; (ii) se a prestação pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é preciso verificar se decorre de decisão administrativa de não fornecê-la ou de vedação legal à dispensação; (iii) diferenciação entre casos em que há e não há tratamento na rede pública. Ademais, mencionou-se a necessidade de privilegiar o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sem prejuízo da avaliação de cada caso concreto.
E, no caso, tem-se que o medicamento já integra a política estatal de saúde, e há indicação do médico do caso para o tratamento da paciente, razão pela qual não há que se impedir o fornecimento do medicamento postulado.
Por outro lado, não há qualquer elemento a comprovar que tem havido a negativa de fornecimento por parte do hospital, além dos Termos de Doação do medicamento firmados por terceiros.
Entretanto, tratando-se de decisão a ser adotada em situação de urgência, ainda que não haja a comprovação de negativa de prestação pela ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE DE CAMPO GRANDE/MS, é o caso de compelir os demandados a fornecerem o medicamento, partindo do pressuposto de que o pedido foi formulado de boa-fé, sem prejuízo de posterior comprovação da negativa apresentada pelo hospital.
Em suma, havendo indicação médica, tratando-se de medicamento de baixo custo, já incorporado ao protocolo terapêutico do Sistema Único de Saúde, e estando a paciente inserida no SUS, não há justificativa para a negativa de fornecimento do medicamento Eritropoetina a MARÍLIA ALVES DE FREITAS em sede liminar. Quanto a eventual avaliação e comprovação da negativa de fornecimento, a discussão deverá ser objeto de ulterior avaliação e decisão nos autos, após a eventual vinda de novos documentos.

Dessarte, o *fumus boni iuris* revela-se através na documentação acostada, demonstrando que há indicação médica para utilização do ALFAEPOETINA (ERITROPOETINA); o *periculum in mora* extrai-se a partir do grave quadro de saúde pelo qual padece a autora, sobrelevando a urgência da medida.

Destarte, *com fundamento no art. 300 do NCPC/2015:*

I. DEFIRO EM PARTE A TUTELA DE URGÊNCIA, em relação pedido contido no item I da inicial, podendo o procedimento transfusional ser utilizado, *apenas como último recurso*, a critério da equipe médica.

II. DEFIRO A TUTELA DE URGÊNCIA, em relação pedido contido no item II da inicial, para determinar à União (SUS) por meio da SANTA CASA o fornecimento de ALFAEPOETINA (ERITROPOETINA), ou outro fármaco mais indicado ao quadro clínico da autora, a critério da equipe médica.

Publique-se. Intimem-se. Cite-se. Cumpra-se.

Corumbá, 01 de abril de 2018.

Juiz Federal Substituto EWERTON TEIXEIRA BUENO



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