



Jurisprudência

Direito Administrativo



APELAÇÃO CÍVEL
0000894-97.2009.4.03.6124
(2009.61.24.000894-0)

Apelante: AUGUSTO DI CONDI E OUTROS
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JALES - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Classe do Processo: AC 2090997
Disponibilização do Acordão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/04/2017

EMENTA

ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO REGULAR DO PODER DE POLÍCIA. AUSÊNCIA DE ABUSO OU EXCESSO NA ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO. ERRADICAÇÃO DO CANCRO CÍTRICO INDENIZAÇÃO INDEVIDA. FATO NOVO. NÃO CONFIGURADO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO EVIDENCIADA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão dos autos diz respeito à possibilidade ou não de os autores serem indenizados em razão da eliminação de pés de frutas cítricas de suas propriedades rurais, devido à detecção de focos da doença do cancro cítrico.
2. O artigo 34 do Decreto nº 24.114/1934 autoriza o Ministério da Agricultura a determinar, no âmbito da Defesa Sanitária Vegetal, a eliminação de plantas, arvoredos, lavouras ou matas contaminadas.
3. A jurisprudência é pacífica no sentido de que a responsabilidade civil do Estado somente é cabível se comprovado o excesso ou abuso no exercício do poder de polícia de defesa sanitária vegetal, previsto para atendimento a interesse público.
4. Na espécie, os documentos juntados aos autos (autos de interdição e autos de destruição de plantas cítricas) demonstram que o poder de polícia foi exercido nos limites legais, sem abuso ou excesso, porquanto a erradicação ocorreu somente dos pés de frutas cítricas já contaminados ou suspeitos de contaminação, inexistindo prova de que essas plantas estivessem aptas ao seu objetivo econômico.
5. Vale ressaltar que a Lei 3.780-A/1960, destinada a abrir crédito especial para combate ao cancro cítrico, indenizando proprietários com plantas destruídas, configura norma de vigência temporária, razão pela qual dela não decorre a responsabilidade do Estado por indenização de fatos posteriores, ainda que semelhantes, como no caso dos autos.
6. Inexistência de fato novo apto a influir no julgamento da lide.
7. Não configurada a litigância de má-fé, porquanto não evidenciada, em princípio, conduta contrária à lealdade e boa-fé processuais.
8. 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, 05 de abril de 2017.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação interposta por *Augusto Di Condi e outros*, nos autos da ação de rito ordinário, ajuizada em face da *União*, objetivando o pagamento de indenização pelas plantas erradicadas de suas propriedades em razão da presença de cancro cítrico.

No incidente processual de impugnação da assistência judiciária gratuita, o pedido foi parcialmente acolhido para revogar o benefício somente em relação a Augusto Di Condi, o qual foi condenado ao recolhimento das custas processuais em dobro do seu quinhão (1/3) (f. 398).

Ao final, o MM. Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido e condenou os autores ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, cuja exigibilidade permanece suspensa ante a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita (f. 423-426).

Os autores apelaram, sustentando, em síntese, que:

a) o pagamento de indenização, previsto nos Decretos nº 24.114/34 e nº 51.207/61, com os acréscimos legais, é cabível quando as plantas erradicadas por cancro cítrico estejam aptas ao seu objetivo econômico, como é o caso das contaminadas e das suspeitas;

b) fazem jus aos lucros cessantes e aos danos emergentes, considerando a idade e o custo das plantas, o que abrange a preparação das terras, instalação das estufas, gastos com insumos e defensivos, e despesas com a produção.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O autor Augusto Di Condi peticiona nos autos informando a existência de fato novo e as constantes alterações das normas regulamentadoras do combate à praga do cancro (f. 460-468).

A União impugnou, requerendo o desentranhamento desses documentos, com fundamento no artigo 1.014 do novo CPC, e a condenação do autor em litigância de má-fé, com aplicação da multa prevista no artigo 81 do CPC.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

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

A questão dos autos diz respeito à possibilidade de os autores serem indenizados em razão da eliminação de pés de frutas cítricas de suas propriedades rurais, devido à detecção de focos da doença do cancro cítrico.

Uma vez confirmada a infecção ou havendo suspeita de contaminação da planta, a erradicação da área é obrigatória, porquanto não há medida de controle capaz de eliminar comple-

tamente a doença.

A jurisprudência é pacífica no sentido de que a responsabilidade civil do Estado somente é cabível se comprovado o excesso ou abuso no exercício do poder de polícia de defesa sanitária vegetal, previsto para atendimento a interesse público.

A Campanha Nacional de Erradicação do Cancro Cítrico - CANECC, promovida pelo Ministério da Agricultura e do Abastecimento em convênio com as Secretarias Estaduais de Agricultura, em consonância com o Decreto 24.114/1934, que aprovou o Regulamento de Defesa Sanitária Vegetal, trata da delimitação de áreas contaminadas e aplicação de medidas competentes, em caso de irrupção de doenças ou pragas nocivas às culturas, cuja disseminação possa estender-se a outras regiões, com riscos para a lavoura nacional.

O artigo 34 do Decreto nº 24.114/1934 autoriza o Ministério da Agricultura a determinar, no âmbito da Defesa Sanitária Vegetal, a eliminação de plantas, arvoredos, lavouras ou matas contaminadas. *Verbis*:

Art. 34. Entre as medidas adotadas para a erradicação poderá o Ministério da Agricultura incluir a destruição parcial ou total das lavouras, arvoredos ou matas contaminadas ou passíveis de contaminação.

§ 1º Quando as plantas ou matas, cuja destruição for ordenada, ainda se encontrarem indenens ou, embora contaminadas, ainda se mantiverem aptas ao seu objetivo econômico, poderá ser arbitrada uma indenização ao seu proprietário, baseada no custo de produção e levando-se em conta a depreciação determinada pela doença ou praga, bem como o possível aproveitamento do material resultante da condenação.

§ 2º As indenizações poderão consistir, em parte ou não todo, na substituição das plantas destruídas por outras saídas e de qualidades recomendáveis para o lugar.

§ 3º Não terá o proprietário direito a indenização sempre que se apurar que a doença ou praga, por sua natureza ou grau de intensidade, devesse causar a destruição das plantações ou matas.

§ 4º Perderá direito a indenização todo o proprietário que houver infringido qualquer dispositivo do presente regulamento ou das instruções especiais baixadas para a erradicação.

Veja-se, a respeito desta questão, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. ERRADICAÇÃO DE LAVOURAS DE LARANJAIS POR CONTA DE CANCRO CÍTRICO. DESCABIMENTO DA INDENIZAÇÃO. PODER DE POLÍCIA. AUSÊNCIA DE EXCESSO. ESFERA ADMINISTRATIVA. REVISÃO DAS PREMISSAS FIXADAS NA ORIGEM. reexame de prova. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. O Tribunal *a quo*, com base na situação fática do caso, decidiu pelo descabimento da indenização pois, além de ser inviável a reparação por condutas decorrentes do poder de polícia, também os atos da administração possuem legitimidade, e caberia à parte interessada comprovar o excesso de Poder da Administração Pública.

2. Rever as premissas do acórdão regional demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, defeso em recurso especial, nos termos do enunciado 7 da Súmula desta Corte de Justiça. Agravo regimental improvido...

EMEN: (AGRESP 201402229151, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:20/02/2015 ..DTPB:.)

Na linha do mesmo entendimento, a jurisprudência desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ELIMINAÇÃO DE POMAR. CANCRO CÍTRICO.

RESPONSABILIDADE CIVIL. NÃO VERIFICADA. EXERCÍCIO REGULAR DO PODER DE POLÍCIA. ABUSO NÃO COMPROVADO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão posta nos autos diz respeito a pedido de indenização por perdas e danos, pleiteado por Herculano Zuliani, em face da União Federal e da Fazenda do Estado de São Paulo, em razão da eliminação de 65.000 árvores de laranja de sua propriedade como medida fitossanitária de erradicação de cancro cítrico.

2. O Magistrado *a quo* julgou o feito improcedente, por não vislumbrar configuração de responsabilidade civil no presente caso, tendo em vista a necessidade das medidas empregadas.

3. O mérito da discussão recai sobre o tema da responsabilidade civil do Estado, de modo que se fazem pertinentes algumas considerações doutrinárias e jurisprudenciais. São elementos da responsabilidade civil a ação ou omissão do agente, a culpa, onexo causal e o dano, do qual surge o dever de indenizar.

4. No direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é, em regra, objetiva, isto é, prescinde da comprovação de culpa do agente, bastando-se que se comprove onexo causal entre a conduta do agente e o dano. Está consagrada na norma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

5. *Entretanto, é sabido que quando se trata de exercício do poder de polícia, em especial no caso de defesa sanitária vegetal, voltado para o atendimento ao interesse público, somente se caracteriza a responsabilidade civil do Estado em caso de abuso ou excesso de poder.*

6. A Campanha Nacional de Erradicação do Cancro Cítrico - CANECC, promovida pelo Ministério da Agricultura e do Abastecimento em convênio com as Secretarias Estaduais de Agricultura, em consonância com o Decreto 24.114/1934, que aprovou o Regulamento de Defesa Sanitária Vegetal, trata da delimitação de áreas contaminadas e aplicação de medidas competentes, em caso de irrupção de doenças ou pragas nocivas às culturas, cuja disseminação possa estender-se a outras regiões, com riscos para a lavoura nacional.

7. O artigo 34 do Decreto 24.114/1934 autoriza o Ministério da Agricultura a determinar, no âmbito da Defesa Sanitária Vegetal, a eliminação de plantas, arvoredos, lavouras ou matas contaminadas.

8. Precedentes.

9. *Como se observa, somente é possível cogitar de indenização diante da prova material de exercício irregular ou excessivo do poder de polícia sanitária em prejuízo ao direito de propriedade, vez que a erradicação de doenças configura política de interesse público.*

10. *Na espécie, os documentos juntados aos autos demonstram que o poder de polícia foi exercido nos limites legais, sem abuso ou excesso, não sendo caso de responsabilidade civil do Estado. Não é cabível, portanto, indenização.*

11. Apelação desprovida.

(AC 00041133020134036108, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/07/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

ADMINISTRATIVO. ERRADICAÇÃO DE PLANTAÇÃO CÍTRICA POR CONTA DE CANCRO CÍTRICO (ÁRVORES DOENTES E SOB SUSPEITA). QUESTÃO PRELIMINAR REFERENTE À INÉPCIA DA INICIAL REJEITADA. INDENIZAÇÃO PRETENDIDA PELO CITRICULTOR DESCABIDA. CORRETO DESEMPENHO DO PODER DE POLÍCIA ZOOFITOSSANITÁRIO PELA SECRETARIA ESTADUAL DE AGRICULTURA, NO DESEMPENHO DE COMPETÊNCIA A ELA DETERMINADA PELA UNIÃO. AUSÊNCIA DE ABUSO OU EXCESSO NO EXPURGO DAS CULTURAS CÍTRICAS CONTAMINADAS. PEDIDO IMPROCEDENTE (SENTENÇA REFORMADA, COM ENCARGOS DE SUCUMBÊNCIA).

1. Trata-se de ação de indenização proposta pelo produtor rural ANTENOR OLIANI, em face da UNIÃO FEDERAL e do ESTADO DE SÃO PAULO, com vistas à obtenção de provimento judicial condenatório que obrigue as rés a indenizá-lo pelas perdas e danos ocorridos com a

erradicação, em 23/5/2000, de 1.239 pés de plantas cítricas, em sua propriedade denominada “Sítio Recreio”, localizada no município de Ouro Verde/SP, em razão da contaminação pela doença popularmente conhecida como “cancro cítrico”. Sentença de parcial procedência para o fim de condenar a UNIÃO a ressarcir ao autor o valor de todas as plantas destruídas pelo ESTADO DE SÃO PAULO, em atuação delegada, e que não se encontravam comprovadamente contaminadas pelo cancro cítrico, com correção monetária desde a intervenção estatal e juros de mora à taxa de 12% ao ano, contados a partir da citação. Ainda, condenou a UNIÃO ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor total da condenação.

2. Questão preliminar relativa à inépcia da inicial rejeitada, uma vez que no cenário dos autos não estava obrigado o autor a apresentar todos os valores dos prejuízos que considerava ter sofrido, vez que as consequências dos atos atribuídos ao Estado de São Paulo e à União não eram, ao tempo do ajuizamento da ação, determináveis de modo definitivo.

3. O que passa desaperecebido para quem concede a indenização pela erradicação de plantas contaminadas de cancro cítrico é que essa providência se insere no âmbito da polícia administrativa zoofitossanitária. E na medida em que o exercício regular do poder de polícia não gera indenização ao administrado, é ininvocável o § 6º do art. 37 da CF ou outro dispositivo qualquer que contenha comando indenizatório.

4. *Para receber indenização baseada no Decreto nº 24.114/34 (REGULAMENTO DE DEFESA SANITÁRIA VEGETAL) o proprietário da lavoura erradicada deve comprovar que houve abuso de poder do Poder Público no desempenho da polícia zoofitossanitária, embora ele tenha feito a parte dele na tentativa de erradicação, sem sucesso, e, ainda, que a destruição de plantações ocorreu sobre árvores e lavouras que se mantinham “aptas ao seu objetivo econômico” e, finalmente, que de sua parte não infringiu qualquer dispositivo regulamentar ou instruções da polícia sanitária especialmente baixadas para a erradicação da peste.*

5. *Na espécie dos autos a documentação juntada pelo autor evidencia que a erradicação perpetrada por funcionários do Centro de Defesa Sanitária Vegetal da Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado de São Paulo incidiu em árvores já contaminadas pela praga, e sobre outras suspeitas de contaminação, justamente a medida sanitária prevista no art. 34 do Decreto nº 24.114/34, não existindo a menor prova de que qualquer dessas plantas se conservava apta ao seu objetivo econômico, situação que poderia recomendar uma indenização (facultativa) exclusivamente sobre essas árvores ainda aproveitáveis. Constatou-se que das 1.239 plantas diagnosticadas, 151 estavam comprovadamente doentes (fls. 26). Não há dúvidas, assim, de que a plantação do autor estava completamente comprometida, tendo em vista a natureza da praga e o grau de intensidade da infestação. Invisível qualquer excesso ou abuso de poder de polícia zoofitossanitário por parte dos servidores da Secretaria de Agricultura do Estado de São Paulo, que agiam em nome da União e na defesa do interesse público.*

6. *É absolutamente inviável a indenização reconhecida na sentença, em virtude da destruição das “árvores que não haviam sido comprovadamente afetadas pela doença”, já que não há prova alguma de que árvores sadias foram sacrificadas.*

7. Sentença reformada, com improcedência total da demanda e condenação da parte autora ao pagamento da verba honorária fixada em 10% sobre o valor da causa (justiça gratuita concedida ao autor).

(AC 00386676920004036100, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/10/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. INDENIZAÇÃO PELA DESTRUIÇÃO DE PLANTAÇÃO. ERRADICAÇÃO DO CANCRO CÍTRICO. EXERCÍCIO REGULAR DO PODER DE POLÍCIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE EXCESSO OU ABUSO NA ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Feitas as devidas análises laboratoriais, a Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado de São Paulo procedeu à destruição das plantas infectadas e suspeitas, conforme Autos de Destruição de Plantas Cítricas (fls. 13/14).
2. O artigo 34 do Decreto nº 24.114/1934, que trata do Regulamento de Defesa Sanitária Vegetal, autoriza o Ministério da Agricultura, como medidas de erradicação do cancro cítrico, incluir a destruição parcial ou total das lavouras, arvoredos ou matas contaminadas ou passíveis de contaminação.
3. *A jurisprudência consolidada desta E. Corte é no sentido de que eventual indenização somente é possível mediante demonstração cabal e inequívoca de que os danos decorreram de atuação irregular ou abusiva do Poder de Polícia Sanitária, o que não ocorreu na espécie.*
4. *In casu*, incabível qualquer indenização com fundamento no artigo 37, § 6º, da CF, não sendo possível imputar à União Federal, em manifesta socialização dos prejuízos sofridos pelo autor, os riscos inerentes à atividade econômica.
5. As diferentes posturas adotadas por outros Órgãos Estaduais no controle e erradicação do cancro cítrico não interfere na forma de atuação da Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado de São Paulo, em conformidade com o artigo 34 do Decreto nº 24.114/1934.
6. Apelação do autor desprovida.
(AC 00010542520094036124, JUIZ FEDERAL CONVOCADO MARCELO GUERRA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/05/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

Com efeito, a indenização é cabível somente diante da prova material de exercício irregular ou excessivo do poder de polícia sanitária em prejuízo ao direito de propriedade, vez que a erradicação de doenças configura política de interesse público.

Na espécie, os documentos juntados aos autos (autos de interdição e autos de destruição de plantas cítricas) demonstram que o poder de polícia foi exercido nos limites legais, sem abuso ou excesso, porquanto a erradicação ocorreu somente dos pés de frutas cítricas já contaminados ou suspeitos de contaminação, inexistindo prova de que essas plantas estivessem aptas ao seu objetivo econômico.

Vale ressaltar que a Lei 3.780-A/1960, destinada a abrir crédito especial para combate ao cancro cítrico, indenizando proprietários com plantas destruídas, configura norma de vigência temporária, razão pela qual dela não decorre a responsabilidade do Estado por indenização de fatos posteriores, ainda que semelhantes, como no caso dos autos. O mesmo se aplica ao Decreto 51.207/1961, que estabeleceu as regras para o pagamento dessa indenização.

No que tange à alegação de fato novo, sem razão o autor.

A Associação Brasileira de Citricultores Saúde Vegetal, da qual é membro, formulou pedido de indenização junto ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), dando origem a diversos processos administrativos, posteriormente unificados, para apuração da legalidade de eventual pagamento de indenização.

O autor sustenta que, dos documentos apresentados naqueles autos, há fatos novos com potencial para influir no julgamento da lide, como o teor da Nota nº 364, do Memorial nº 504 e da Nota Técnica nº 001/2010.

Insta salientar que tais manifestações não configuram fato novo, a uma porque foram expedidas no ano de 2010, quatro anos antes da prolação da sentença recorrida, tempo suficiente para que o autor trouxesse essa informação aos autos, e a duas porque notas e memorandos configuram modalidades de comunicação interna do órgão, e não norma jurídica, cuja regra é de observância obrigatória.

Ante a ausência de prejuízo, não vislumbro a necessidade de desentranhamento das peças.

Da mesma maneira, deixo de acolher o pedido da União quanto à condenação do autor em litigância de má-fé, porquanto não evidenciada, em princípio, conduta contrária à lealdade e boa-fé processuais.

Por fim, mantenho a condenação dos autores ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, cuja exigibilidade permanece suspensa em razão da concessão da assistência judiciária gratuita, exceto em relação a Augusto Di Condi, cujo benefício anteriormente concedido foi revogado.

Pelo exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO à apelação.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0000542-71.2011.4.03.6124

(2011.61.24.000542-8)

Apelante: VARANDA VIAGENS E TURISMO LTDA - ME

Apelada: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JALES - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO

Classe do Processo: AC 1877489

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/04/2017

EMENTA

ADMINISTRATIVO - APELAÇÃO - TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS - NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DA ANTT - RETENÇÃO DE VEÍCULO - LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DAS DESPESAS DE TRANSBORDO - IMPOSSIBILIDADE

1. O transporte rodoviário de passageiros, com fins turísticos ou sob regime de fretamento, depende de autorização da ANTT.
2. O estabelecimento de sanções, em regulamento, está sujeito ao princípio da legalidade.
3. A exigência de comprovação do pagamento das despesas de transbordo dos passageiros, como condição para a liberação de veículo retido, nos termos do artigo 1º, § 6º, da Resolução ANTT nº 233/03, não possui amparo legal.
4. Apelação provida em parte.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 30 de março de 2017.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO (Relator):

Trata-se de ação ordinária destinada a afastar a fiscalização e a aplicação de sanções, pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT.

A autora, locadora de veículos para transporte de grupos fechados, relata que veículo de sua propriedade foi abordado, em fiscalização da ANTT, na qual advertido sobre a obrigatoriedade de autorização, para a operação, nos termos do artigo 26, da Lei Federal nº 10.233/01, sob pena de retenção do bem.

Sustenta que a atividade não depende de autorização da agência reguladora. A exigência de quitação das despesas de transbordo, como condição à liberação do veículo, estaria prevista apenas em resolução. A sanção seria inaplicável, por ausência de previsão legal.

A r. sentença (fls. 129/132) julgou os pedidos iniciais improcedentes e condenou a autora ao pagamento de honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Apelação da autora, na qual reitera os pedidos iniciais e requer a reforma da sentença (fls. 134/150).

Contrarrazões (fls. 167).

É o relatório.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO (Relator):

A Constituição Federal:

Art. 21. Compete à União: (...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...)

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros.

A Lei Federal nº 10.233/01:

Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais: (...)

XVIII - dispor sobre as infrações, sanções e medidas administrativas aplicáveis aos serviços de transportes.

Art. 26. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Rodoviário:

I - publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de permissão para prestação de serviços regulares de transporte rodoviário interestadual semiurbano de passageiros;

II - autorizar o transporte de passageiros, realizado por empresas de turismo, com a finalidade de turismo;

III - autorizar o transporte de passageiros, sob regime de fretamento;

IV - promover estudos e levantamentos relativos à frota de caminhões, empresas constituídas e operadores autônomos, bem como organizar e manter um registro nacional de transportadores rodoviários de cargas;

V - habilitar o transportador internacional de carga;

VI - publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão de rodovias federais a serem exploradas e administradas por terceiros;

VII - fiscalizar diretamente, com o apoio de suas unidades regionais, ou por meio de convênios de cooperação, o cumprimento das condições de outorga de autorização e das cláusulas contratuais de permissão para prestação de serviços ou de concessão para exploração da infraestrutura.

VIII - autorizar a prestação de serviços regulares de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros.

IX - dispor sobre os requisitos mínimos a serem observados pelos terminais rodoviários de passageiros e pontos de parada dos veículos para a prestação dos serviços disciplinados por esta Lei.

A Resolução ANTT nº 233/03:

Art. 1º Constituem infrações aos serviços de transporte rodoviário de passageiros sob a modalidade interestadual e internacional, sem prejuízo de sanções por infrações às normas legais, regulamentares e contratuais não previstas na presente Resolução, os seguintes procedimentos, classificados em Grupos conforme a natureza da infração, passíveis de aplicação de multa, que será calculada tendo como referência o coeficiente tarifário - CT vigente para o serviço convencional com sanitário, em piso pavimentado (...).

IV - multa de 40.000 vezes o coeficiente tarifário:

a) executar serviços de transporte rodoviário interestadual ou internacional de passageiros sem prévia autorização ou permissão; (...)

§ 6º A fiscalização liberará o veículo da empresa infratora após a comprovação do pagamento das despesas referidas nos §§ 4º e 5º deste artigo, independentemente do pagamento da multa decorrente, sem prejuízo da continuidade da retenção por outros motivos, com base em legislação específica.

O transporte rodoviário de passageiros, com fins turísticos ou sob regime de fretamento, depende de autorização da ANTT.

A apelante declara que sua atividade principal é a locação de veículos (fls. 2-verso).

O objeto social indica atividade diversa (fls. 17): “transporte rodoviário de passageiros e agência de turismo” (cláusula terceira).

A autora está sujeita à fiscalização pela ANTT.

De outro lado, o estabelecimento de sanções, em regulamento da agência reguladora, está sujeito ao princípio da legalidade.

A exigência de comprovação do pagamento das despesas de transbordo dos passageiros, como condição para a liberação de veículo retido, nos termos do artigo 1º, § 6º, da Resolução ANTT nº 233/03, não possui amparo legal.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1.973, em hipóteses análogas:

ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS. RETENÇÃO DO VEÍCULO. LIBERAÇÃO.

1. *A liberação do veículo retido por transporte irregular de passageiros, com base no art. 231, VIII, do Código de Trânsito Brasileiro, não está condicionada ao pagamento de multas e despesas.*

2. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC.

(STJ, REsp 1144810-MG, PRIMEIRA SEÇÃO, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 18/03/2010)

ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. IRREGULARIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. INOCORRÊNCIA. APREENSÃO DO VEÍCULO. LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DAS DESPESAS DE TRANSBORDO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não há violação ao art. 535 do CPC/1973 quando o acórdão apresenta fundamentação clara, coerente, fundamentada e suficiente para responder às teses defendidas pela parte embargante.

2. *Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada no REsp nº 1.144.810/MG, submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973, afigura-se ilegal o condicionamento da*

liberação do automóvel ao prévio pagamento de multas e despesas com transbordo, com fulcro no art. 231, VIII, do CTB, por ausência de previsão legal.

3. O transporte de passageiros, sem a devida autorização, configura infração de trânsito que impõe somente a pena de multa e, como medida administrativa, a mera retenção do veículo até que se resolva a irregularidade, e não a sua apreensão, que abrange o recolhimento do bem ao depósito do órgão de trânsito (*ex vi* do art. 262, § 2º, do CTB). Entendimento consolidado na Súmula 510 do STJ.

4. Encontrando-se o acórdão recorrido em harmonia com o entendimento desta Corte de Justiça, impõe-se a incidência da Súmula 83 do STJ e, em consequência, a aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, na razão de 1% do valor atualizado da causa.

5. Agravo interno desprovido, com aplicação de multa.

(STJ, AgInt no AREsp 456169/DF, PRIMEIRA TURMA, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 25/11/2016)

Dada a sucumbência recíproca, os honorários advocatícios se compensarão.

Por tais fundamentos, *dou parcial provimento à apelação*, para a afastar a exigência do artigo 1º, § 6º, da Resolução ANTT nº 233/03.

É o voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0003357-70.2012.4.03.6103
(2012.61.03.003357-6)

Apelante: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO

Apelada: SUELI CARVALHO DE MENDONÇA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Classe do Processo: AC 1933897

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/04/2017

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. QUEDA EM AEROPORTO. ATO OMISSIVO. NEGLIGÊNCIA. DANO MATERIAL. DANO MORAL. DANO ESTÉTICO. CUMULAÇÃO. OCORRÊNCIA. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO A TÍTULO DE DANO MATERIAL.

1. À Infraero foi imputada a responsabilidade pelo acidente sofrido pela autora no dia 12 de novembro de 2011, qual seja, uma queda no corredor do Aeroporto Internacional de Guarulhos, em virtude do piso escorregadio pela presença de líquido derrubado por outro passageiro.

2. Na hipótese de responsabilidade extracontratual por dano causado por agente público, impõe-se, tão somente, a demonstração do dano e do nexo causal, por prescindir a responsabilidade objetiva da culpa do agente.

3. No entanto, ao se tratar da caracterização da responsabilidade civil por uma conduta omissiva genérica, como no caso em análise, mostra-se imprescindível, além daqueles fatores, a presença do elemento culpa pelo descumprimento de dever legal, para que se possa apurar a responsabilidade subjetiva da Administração, conforme os artigos do Código Civil.

4. A conduta teve nítido caráter omissivo em face da negligência na colocação de avisos e advertências acerca das condições do piso molhado e da pronta limpeza do ambiente. Ainda que a ré alegue o acionamento do serviço de manutenção e limpeza em tempo hábil, verifica-se que em nenhum momento sucede indicação de que o chão estava molhado e não ocorreu o devido isolamento do local.

5. A testemunha Kayne Sérgio Ferreira, funcionário do aeroporto, informou que atuava como atendente do balcão de informações da Infraero no momento em que foi avisado por um passageiro acerca do piso molhado. Relata que solicitou a conservação do local junto a central de emergência, porém o atendimento demorou mais do que o comum. Após oito ou dez minutos da solicitação presenciou a queda da autora e solicitou o atendimento médico. A efetiva limpeza do local só foi realizada após o acidente.

6. O dano restou comprovado, pois a queda é fato incontroverso. Ademais, há documentos nos autos que comprovam o atendimento e a realização de procedimentos médicos na ocasião do evento (fls. 16/29).

7. Quanto aos danos materiais, pleiteou a autora indenização pelas despesas com aluguel de cadeira de rodas, fisioterapia, plano de saúde e alimentação. Não obstante,

como reconhecido pelo r. Juízo *a quo* (fl. 327v), somente as despesas com o aluguel de cadeiras de roda e fisioterapia restaram comprovadas, no valor total de R\$ 369,50 (trezentos e sessenta e nove reais e cinquenta centavos). Assim, o montante da indenização a título de danos materiais deve ser reduzido para este patamar.

8. O dano moral está configurado, uma vez que a queda causou lesão a direito da personalidade da autora, mais especificamente à integridade física, porquanto sofreu contusões que causaram dores que extrapolaram o mero dissabor, além de sujeição a exames, procedimentos médicos e cirurgias.

9. Da análise da extensão do dano moral, verifico que a indenização no patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não se revela desproporcional e excessiva, razão pela qual deve ser mantido o *quantum* indenizatório.

10. Quanto à possibilidade de cumulação da indenização por dano moral e estético, o C. STJ tem decidido a questão de forma favorável, reiteradamente, mesmo quando derivadas do mesmo fato, desde que passíveis de apuração em separado, como nitidamente ocorre no caso em espécie.

11. Após a queda e os procedimentos cirúrgicos necessários, a autora adquiriu cicatriz no joelho lesionado (fls. 56/58), portanto, trata-se de reparação decorrente de consequências físicas, visíveis e inegáveis. Ademais, correto o montante fixado na r. sentença.

12. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 06 de abril de 2017.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Trata-se de apelação e remessa oficial, tida por interposta, em ação de rito ordinário, ajuizada por Sueli Carvalho de Mendonça em face da Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO, com o objetivo de vê-la condenada ao pagamento de indenização por danos materiais, morais e estéticos.

Relata a autora, em apertada síntese, que no dia 12 de novembro de 2.011 percorria o Aeroporto de Guarulhos, nas proximidades de balcão da INFRAERO, quando, em razão de piso molhado, escorregou e caiu. Afirma que não havia nenhum tipo de aviso ou advertência sobre o chão escorregadio. Descreve que sofreu graves lesões no joelho e que, mesmo após procedimentos cirúrgicos, restaram sequelas. Por fim, aduz que, em virtude do acidente, necessitou de repouso e sessões de fisioterapia, permanecendo afastada de seu trabalho por longo período.

Regularmente citada, a INFRAERO apresentou contestação. Denunciou a lide à seguradora e, no mérito, manifestou-se pela improcedência do pedido.

Intimadas as partes para especificarem as provas, a INFRAERO pugnou pela juntada de mídia digital com imagens das câmeras de segurança no momento dos fatos e ambas as partes requisitaram a oitiva de testemunhas.

O pedido de denúncia da lide restou indeferido.

Realizada audiência de instrução e julgamento, com a oitiva das testemunhas Marilda Cortez Cesar Caselato, Cristiane Guimarães de Castro Lima Décio Prado, sendo ouvidos os Srs. Flávio Suto e Kayne Sérgio Ferreira por vídeo conferência.

O r. Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 1.733,53 (mil, setecentos e trinta e três reais e cinquenta e três centavos), por danos morais em R\$ 10.000,00 (dez mil) e por danos estéticos no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), corrigidos monetariamente a partir da data do efetivo desembolso, no caso dos danos materiais, e a partir da data de arbitramento em relação aos danos morais e estéticos, adotando os critérios do Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, com juros de mora de 1% ao mês, incidentes desde o evento danoso. Condenou a ré ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Apelou a INFRAERO, aduzindo em suas razões a falta de responsabilidade pelo dano sofrido pela autora. Aduz que o piso estava molhado por conduta de um passageiro que derubou líquido no local, restando comprovado que os funcionários da INFRAERO solicitaram a devida manutenção e limpeza. Aponta, ainda, que os danos morais e estéticos não foram comprovados e que não podem ser cumulados. Subsidiariamente, requer a minoração do valor da condenação.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

A INFRAERO apresentou proposta de acordo (fls. 358) e a autora ofertou contraposta (fls. 362), a qual não foi respondida.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Estabelece a Constituição da República no seu art. 37:

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

(...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Por seu turno, dispõe o Código Civil:

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário

ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Nas palavras do I. doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu Curso de Direito Administrativo, 18ª Edição, p. 859:

No Estado de Direito, a Administração Pública assujeita-se a múltiplos controles, no afã de impedir-se que desgarre de seus objetivos, que desatenda as balizas legais e ofenda interesses públicos ou dos particulares. Assim, são concebidos diversos mecanismos para mantê-la dentro das trilhas que está assujeitada. Tanto são impostos controles que ela própria deve exercer, em sua intimidade, para obstar ou corrigir comportamentos indevidos praticados nos diversos escalões administrativos de seu corpo orgânico central, como controles que este mesmo corpo exercita em relação às pessoas jurídicas auxiliares do Estado (autarquias, empresas públicas, sociedades mistas e fundações governamentais).

E continua:

Se a administração houver causado danos aos administrados em decorrência de atos ilícitos ou mesmo em certos casos de atos lícitos, irrompe para ela o dever de indenizar o lesado. Cumpre identificar quando e em que termos se propõem estas situações.

À Infraero foi imputada a responsabilidade pelo acidente sofrido pela autora no dia 12 de novembro de 2011, qual seja, uma queda no corredor do Aeroporto Internacional de Guarulhos, em virtude do piso escorregadio.

Na hipótese de responsabilidade extracontratual por dano causado por agente público, impõe-se, tão somente, a demonstração do dano e do nexos causal, por prescindir a responsabilidade objetiva da culpa do agente.

No entanto, ao se tratar da caracterização da responsabilidade civil por uma conduta omissiva genérica, como no caso em análise, mostra-se imprescindível, além daqueles fatores, a presença do elemento culpa pelo descumprimento de dever legal, para que se possa apurar a responsabilidade subjetiva da Administração, conforme os artigos do Código Civil, abaixo transcritos:

Art. 159 do CC de 1916. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

...

Art. 186 do CC. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

...

Art. 927 do CC. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Nesse sentido, colho os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho, conforme apontado no r. voto proferido pelo Min. Luis Felipe Salomão, no RESP nº 1.210.064/SP:

O Estado causa danos a particulares por ação ou por omissão. Quando o fato administrativo é omissivo, podem os danos ser gerados por conduta culposa ou não. A responsabilidade objetiva do Estado se dará pela presença de seus pressupostos - o fato administrativo, o dano e o nexos causal.

Todavia, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos.

A consequência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso da conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano. Resulta, por conseguinte, que, nas omissões estatais, a teoria da responsabilidade objetiva não tem perfeita aplicabilidade, como ocorre nas condutas comissivas.

Há mais um dado que merece realce na exigência do elemento culpa para a responsabilização do Estado por condutas omissivas. O art. 927, parágr. único, do Cód. Civil, estabelece que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei”, o que indica que a responsabilidade objetiva, com ou sem culpa, pressupõe a menção expressa de norma legal. Não obstante, o art. 43, do Cód. Civil, que, como vimos, dirige-se às pessoas jurídicas de direito público, não incluiu em seu conteúdo a conduta omissiva do Estado, o mesmo, aliás, ocorrendo com o art. 37, § 6º, da CF. Desse modo, é de interpretar-se que citados dispositivos se aplicam apenas a comportamentos omissivos e que os omissivos só podem ser objeto de responsabilidade se houver culpa.

(Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008, p. 508-509).

A conduta teve nítido caráter omissivo em face da negligência na colocação de avisos e advertências acerca das condições do piso molhado e da pronta limpeza do ambiente. Ainda que a ré alegue o acionamento do serviço de manutenção e limpeza em tempo hábil, verifica-se que em nenhum momento sucede indicação de que o chão estava molhado e não ocorreu o devido isolamento do local.

A testemunha Kayne Sérgio Ferreira, funcionário do aeroporto, informou que atuava como atendente do balcão de informações da Infraero no momento em que foi avisado por um passageiro acerca do piso molhado. Relata que solicitou a conservação do local junto a central de emergência, porém o atendimento demorou mais do que o comum. Após oito ou dez minutos da solicitação presenciou a queda da autora e solicitou o atendimento médico. A efetiva limpeza do local só foi realizada após o acidente.

O dano restou comprovado, pois a queda é fato incontroverso. Ademais, há documentos nos autos que comprovam o atendimento e a realização de procedimentos médicos na ocasião do evento (fls. 16/29).

Destarte, não há dúvidas quanto à presença dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil na espécie.

A propósito do tema, trago à colação o seguinte aresto:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. ECT- EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFO. ISENÇÃO DE CUSTAS. ART. 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69. QUEDA EM AGÊNCIA DOS CORREIOS. PISO MOLHADO. AUSÊNCIA DE AVISO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. OCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. DESCABIMENTO. RECURSOS IMPROVIDOS.

1. Conforme já decidiu o Pretório Excelso - RE 220.906-9/DF -, o artigo 12 do Decreto Lei nº 509/69, que isenta a ECT do pagamento de custas, foi recepcionado pela Constituição Federal. Correto, portanto, o recebimento da apelação interposta sem o pagamento do porte de remes-

sa e retorno, uma vez que se trata de pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública.

2. Inobstante a responsabilidade objetiva da Administração Pública, da qual faz parte a ECT, para que se configure o dever de indenizar, é necessária a conjunção fática dos seguintes pressupostos: o dano, a conduta antijurídica do agente estatal e o nexo causal entre eles.

3. Os elementos dos autos comprovam a caracterização dos danos morais em decorrência da situação vivenciada pela autora, que envolveu desde sua queda e imobilização em local público, até as dores e os inconvenientes ocasionados em virtude dos ferimentos e cirurgia à qual se submeteu em virtude do acidente sofrido nas dependências da agência dos Correios, interferindo diretamente em suas obrigações cotidianas e ultrapassando as raias do mero aborrecimento.

4. Também restam caracterizados os danos materiais, na forma relatada na sentença, já que em decorrência do acidente, precisou a autora arcar com despesas para seu acompanhante durante internamento hospitalar, no importe de R\$ 20,00 (vinte reais), comprovadas através de recibo nos autos.

5. A falha do serviço, consubstanciada na ausência de aviso quanto às condições escorregadias do piso da agência, foi a causa direta do acidente sofrido pela cliente e das lesões sofridas, o que aperfeiçoa o nexo causal entre a conduta antijurídica da ECT e os danos morais e materiais sofridos.

6. Caracterizado o dever de indenizar, o valor fixado a título de danos morais manteve-se afinado com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tendo o magistrado de primeiro grau descrito satisfatoriamente os critérios adotados para arbitramento do *quantum* indenizatório em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

7. Os honorários advocatícios devem ser mantidos no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, pois em consonância com o art. 20, parágrafo 3º, do CPC e com a prática desta Corte.

8. Apelação da ECT e recurso adesivo do particular improvidos.

(TRF5, Desembargador Federal Manoel Erhardt, Segunda Turma, AC 200282010044651, J. 12/08/2008)

Quanto aos danos materiais, pleiteou a autora indenização pelas despesas com aluguel de cadeira de rodas, fisioterapia, plano de saúde e alimentação no valor de R\$ 1.733,53 (um mil, setecentos e trinta e três reais e cinquenta e três centavos), o que foi deferido pelo juiz de primeiro grau, ainda reconhecido que parte das despesas não tivessem sido comprovadas, sob o fundamento de que a ré não se desincumbiu do ônus de impugnar especificamente tal pedido. Ocorre que somente as despesas com o aluguel de cadeira de rodas e fisioterapia restaram comprovadas, no valor total de R\$ 369,50 (trezentos e sessenta e nove reais e cinquenta centavos). Assim, o montante da indenização a título de danos materiais deve ser reduzido para este patamar.

O dano moral está configurado, uma vez que a queda causou lesão à autora, mais especificamente à integridade física, porquanto sofreu contusões que causaram dores que extrapolaram o mero dissabor, além de sujeição a exames, procedimentos médicos e cirurgias.

De outra parte, a fixação do *quantum* indenizatório a título de dano moral depende da análise da relação entre reparação integral (à luz da extensão da lesão) e vedação ao enriquecimento sem causa.

Em decorrência do acidente, a autora realizou duas cirurgias reparatórias, para colocação e posterior retiradas de pinos.

Por meio da oitiva das testemunhas, Sra. Cristiane e Sra. Marilda, a autora comprovou que ficou impossibilitada de promover suas atividades habituais, ficando afastada do trabalho

por cerca de três dias. Além disso, apresentou dificuldade de locomoção, mudanças em sua rotina doméstica e problemas para realização de atividades cotidianas.

Portanto, da análise da extensão do dano moral, verifico que a indenização no patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não se revela desproporcional e excessiva, razão pela qual deve ser mantido o *quantum* indenizatório.

Quanto à possibilidade de cumulação da indenização por dano moral e estético, o C. STJ tem decidido a questão de forma favorável, reiteradamente, mesmo quando derivadas do mesmo fato, desde que passíveis de apuração em separado, como nitidamente ocorre no caso em espécie.

Após a queda e os procedimentos cirúrgicos necessários, a autora adquiriu cicatriz no joelho lesionado (fls. 56/58), portanto, trata-se de reparação decorrente de consequências físicas, visíveis e inegáveis. Ademais, correto o montante fixado na r. sentença.

Em face de todo o exposto, *dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial* para reduzir a condenação em danos materiais para o montante de R\$ 369,50.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0002654-81.2013.4.03.0000
(2013.03.00.002654-6)

Apelante: ANA ELISA SILVA MANTOVANI
Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E UNIÃO FEDERAL
Interessados: NICOLAU DOS SANTOS NETO E OUTROS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: AC 2107990
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/05/2017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO ADMINISTRATIVO. INDISPONIBILIDADE DECRETADA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIBERAÇÃO DE IMÓVEL. PEDIDO DE TERCEIRO. SENTENÇA. CABIMENTO DE APELAÇÃO. VENDA POSTERIOR AO BLOQUEIO JUDICIAL. DISPOSIÇÃO INEFICAZ. EXTENSÃO AOS NEGÓCIOS SUBSEQUENTES. REGISTRO DA CONSTRIÇÃO E MÁ-FÉ DO ADQUIRENTE. IR-RELEVÂNCIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

I. A decisão que negou o pedido de levantamento da indisponibilidade se qualifica tecnicamente como sentença, já que uma pessoa estranha à ação civil pública nº 0036590-58.1998.4.03.6100 se volta contra ato de constrição judicial, propondo demanda própria.

II. A interposição de apelação se revela, portanto, adequada.

III. Embora o Juízo de Origem, por razões práticas e com a aceitação deste Tribunal, tenha processado como incidentes pedidos de terceiro formulados até o momento - o que reclamaria agravo de instrumento na impugnação -, a parte não pode ser prejudicada pela singularidade do procedimento.

IV. O emprego de conveniência em detrimento da técnica impõe, no mínimo, tolerância pela opção feita. A ausência de conhecimento da apelação de Ana Elisa Silva Mantovani transpareceria grande rigor, incompatível com o pragmatismo que se imprimiu ao rito das pretensões de terceiro.

V. É incontroverso que a disposição do imóvel por Antônio Carlos da Gama e Silva sucedeu ao bloqueio decretado na ação civil pública nº 0036590-58.1998.4.03.6100: enquanto este ocorreu em 10/1998, mediante publicação e intimação da decisão à parte, aquela se processou em 04/1999.

VI. O negócio jurídico representa fraude do devedor, comprometendo a eficácia de futura execução por dano ao patrimônio público, antecipadamente garantida pela indisponibilidade (artigo 593 do CPC de 73). A operação se torna inoponível à União e ao MPF.

VII. Os contratos posteriores, especificamente a venda do terreno a Horizonte Empreendimentos e Incorporações e as alienações das unidades residenciais, também se mostram ineficazes, porquanto comprometeram, da mesma forma, a efetividade do cumprimento de sentença a ser proferida no processo por improbidade administrativa.

VIII. A análise do prejuízo se faz sem os parâmetros da execução comum, previstos na Súmula nº 375 do STJ.

IX. Semelhantemente à fraude do devedor nas relações tributárias (artigo 185 do CTN), o registro da constrição judicial não constitui referência: a data da publicação da indisponibilidade exerce o papel de marco, nos moldes da inscrição do crédito em Dívida Ativa.

X. O interesse público já é violado com a mera disposição do bem após o bloqueio judicial, independentemente de condicionantes reservadas para a garantia de direitos privados - averbação na matrícula.

XI. Interpretação diversa significaria a supremacia de interesse particular sobre o coletivo, o que feriria um dos cânones do Direito Administrativo.

XII. A mesma ponderação se aplica à boa-fé de terceiro adquirente. Mesmo que ele não saiba do ato construtivo - por ausência de registro imobiliário, por exemplo -, a violação ao interesse público decorrente da alienação/oneração da garantia já estará consumada e não pode ser minimizada por necessidades privadas.

XIII. A legislação apenas valoriza a boa-fé, se a disposição anteceder o bloqueio judicial. O direito de particular se considera adquirido nesse caso, sem que se possa cogitar, a princípio, de lesão ao patrimônio coletivo.

XIV. Ana Elisa Silva Mantovani adquiriu imóvel cuja indisponibilidade foi violada por Antônio Carlos da Gama e Silva, que promoveu venda posteriormente à intimação de decisão judicial. O direito aquisitivo não possui eficácia para a União e o MPF.

XV. Resta a ela aguardar o desfecho dos embargos de terceiro nº 0004907-51.2008.4.03.6100, de iniciativa de Horizonte Empreendimentos e Incorporações Ltda., que traz como proposta a substituição do terreno pelo equivalente em dinheiro. A medida asseguraria a manutenção da incorporação imobiliária.

XVI. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 19 de abril de 2017.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

Trata-se de apelação interposta por Ana Elisa Silva Mantovani em face de decisão que indeferiu o levantamento da indisponibilidade da unidade autônoma nº 310 do Condomínio Residencial “Costa Azul”, implantado no imóvel matriculado sob o nº 53.376 no CRI da Comarca de Mogi Mirim/SP.

Sustenta que tem direito à liberação do bem. Argumenta que, quando firmou compromisso de compra e venda com Horizonte Empreendimentos e Incorporações Ltda. em outubro de 2007, não constava da matrícula qualquer ato de constrição judicial.

Alega que a ordem de indisponibilidade decretada na ação civil pública nº 0036590-58.1998.4.03.6100 e que atingiu o patrimônio de Antônio Carlos da Gama e Silva - vendedor do terreno à incorporadora - apenas foi prenotada em 11/2007.

Afirma que a ausência de registro torna inoponível o bloqueio a terceiro adquirente, nos termos da Súmula nº 375 do STJ. Acrescenta que a União deveria ter providenciado a averbação da medida cautelar num tempo razoável e não depois de nove anos da decisão judicial (10/1998).

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões (fls. 271/276).

Responde que Antônio Carlos da Gama e Silva vendeu a parte ideal do imóvel (abril de 1999) após a intimação da indisponibilidade, o que significou o descumprimento de determinação judicial e acarreta a invalidade dos negócios jurídicos posteriores, especificamente a venda do espaço a Horizonte Empreendimentos e Incorporações Ltda. e as alienações das unidades residenciais a terceiros.

A União também ofereceu resposta (fls. 279/284). Considera inadequado o recurso interposto, sob o fundamento de que a decisão é interlocutória e admite impugnação por agravo. Adverte que o princípio da fungibilidade não se aplica, porquanto a interposição não ocorreu no prazo de dez dias.

Entende, no mérito, que a transferência feita por Antônio Carlos da Gama e Silva se processou depois do bloqueio judicial, apresentando nulidade que se estende a todos os contratos subsequentes.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

A decisão que negou o pedido de levantamento da indisponibilidade se qualifica tecnicamente como sentença, já que uma pessoa estranha à ação civil pública nº 0036590-58.1998.4.03.6100 se volta contra ato de constrição judicial, propondo demanda própria.

A interposição de apelação se revela, portanto, adequada.

Embora o Juízo de Origem, por razões práticas e com a aceitação deste Tribunal, tenha processado como incidentes pedidos de terceiro formulados até o momento - o que reclamaria agravo de instrumento na impugnação -, a parte não pode ser prejudicada pela singularidade do procedimento.

O emprego de conveniência em detrimento da técnica impõe, no mínimo, tolerância pela opção feita. A ausência de conhecimento da apelação de Ana Elisa Silva Mantovani transpareceria grande rigor, incompatível com o pragmatismo que se imprimiu ao rito das pretensões de terceiro.

É incontroverso que a disposição do imóvel por Antônio Carlos da Gama e Silva sucedeu ao bloqueio decretado na ação civil pública nº 0036590-58.1998.4.03.6100: enquanto este ocorreu em 10/1998, mediante publicação e intimação da decisão à parte, aquela se processou em 04/1999.

O negócio jurídico representa fraude do devedor, comprometendo a eficácia de futura execução por dano ao patrimônio público, antecipadamente garantida pela indisponibilidade (artigo 593 do CPC de 73). A operação se torna inoponível à União e ao MPF.

Os contratos posteriores, especificamente a venda do terreno a Horizonte Empreendimentos e Incorporações e as alienações das unidades residenciais, também se mostram ineficazes, porquanto comprometeram, da mesma forma, a efetividade do cumprimento de sentença a ser proferida no processo por improbidade administrativa.

A análise do prejuízo se faz sem os parâmetros da execução comum, previstos na Súmula nº 375 do STJ (*O reconhecimento de fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente*).

Semelhantemente à fraude do devedor nas relações tributárias (artigo 185 do CTN), o registro da constrição judicial não constitui referência: a data da publicação da indisponibilidade exerce o papel de marco, nos moldes da inscrição do crédito em Dívida Ativa.

O interesse público já é violado com a mera disposição do bem após o bloqueio judicial, independentemente de condicionantes reservadas para a garantia de direitos privados - averbação na matrícula.

Interpretação diversa significaria a supremacia de interesse particular sobre o coletivo, o que feriria um dos cânones do Direito Administrativo.

A mesma ponderação se aplica à boa-fé de terceiro adquirente. Mesmo que ele não saiba do ato constitutivo - por ausência de registro imobiliário, por exemplo -, a violação ao interesse público decorrente da alienação/onerção da garantia já estará consumada e não pode ser minimizada por necessidades privadas.

A legislação apenas valoriza a boa-fé, se a disposição anteceder o bloqueio judicial. O direito de particular se considera adquirido nesse caso, sem que se possa cogitar, a princípio, de lesão ao patrimônio coletivo.

O Superior Tribunal de Justiça tem adotado essa posição nas execuções fiscais, deixando de aplicar a Súmula nº 375. Coerentemente, as fraudes praticadas em processos por improbidade administrativa seguem diretriz similar:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM ANTERIOR À CITAÇÃO. VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO REALIZADO. ART. 185 DO CTN. SÚMULA 375/STJ. INAPLICABILIDADE. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS.

1. A Primeira Seção, na assentada de 10.11.2010, no julgamento do REsp 1.141.990/PR, de Relatoria do Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ, consolidou entendimento segundo o qual não se aplica à execução fiscal a Súmula 375/STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

2. A não aplicação do art. 185 do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público ou prova da má-fé dos negociantes, importa violação da Cláusula Reserva de Plenário e afronta à Súmula Vinculante 10 do STF.

3. Se o negócio jurídico se aperfeiçoou em data posterior à entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005, é suficiente para caracterizar a fraude à execução a inscrição em dívida ativa. Caso contrário, exige-se que tenha havido prévia citação no processo judicial.

4. No caso dos autos, conforme se extrai do acórdão recorrido, a execução fiscal assim como a citação ocorreram em momento posterior à transferência do bem do executado para o adquirente, o que, de acordo com a jurisprudência do STJ, não se caracteriza como fraude à execução fiscal.

5. A ausência de registro ou mesmo o não pagamento de laudêmio não invalida o negócio jurídico, o que afasta a possibilidade de ser mantida a constrição, como bem determinou o Tribunal de origem.

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no AgRg no Resp 1532310, Relator Humberto Martins, Terceira Turma, DJ 22/09/2015).

Ana Elisa Silva Mantovani adquiriu imóvel cuja indisponibilidade foi violada por Antônio Carlos da Gama e Silva, que promoveu venda posteriormente à intimação de decisão judicial. O direito aquisitivo não possui eficácia para a União e o MPF.

Resta a ela aguardar o desfecho dos embargos de terceiro nº 0004907-51.2008.4.03.6100, de iniciativa de Horizonte Empreendimentos e Incorporações Ltda., que traz como proposta a substituição do terreno pelo equivalente em dinheiro. A medida asseguraria a manutenção da incorporação imobiliária.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL**0006257-86.2013.4.03.6104****(2013.61.04.006257-7)**

Agravante: RODRIGO CLAUDIONOR MENDES

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: RODRIGO CLAUDIONOR MENDES

Apelada: UNIÃO DAS INSTITUIÇÕES DE SERVIÇO, ENSINO E PESQUISA LTDA - UNISEPE

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SANTOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR

Classe do Processo: AMS 350224

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/04/2017

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. ABONO DE FALTAS E REALIZAÇÃO DE PROVAS DURANTE PERÍODO DE GUARDA RELIGIOSA NO ESTADO DE SÃO PAULO. APLICAÇÃO DA LEI ESTADUAL Nº 12.142/2005. AGRAVO INOMINADO PROVIDO.

1 - As instituições de ensino, através da chamada autonomia universitária prevista no artigo 207 da Magna Carta, podem estabelecer regras quanto ao seu funcionamento, desde que respeitada a Constituição e a lei vigente.

2 - Por considerar que o impetrante, ao se matricular no curso universitário, tinha conhecimento da grade curricular do curso, da carga horária, bem como da frequência mínima de aproveitamento, esta Corte, privilegiando os princípios da isonomia e da autonomia universitária, vinha decidindo que o aluno deveria se submeter a tais regras, independentemente de sua religião. Precedentes.

3 - Ocorre que, ante a pendência de julgamento da ADI 3714, deve-se considerar que a ponderação entre os princípios da autonomia universitária e da liberdade religiosa foi realizada pela Lei do Estado de São Paulo nº 12.142/2005.

4 - O Artigo 2º da mencionada lei dispõe que “é assegurado ao aluno, devidamente matriculado nos estabelecimentos de ensino público ou privado, de ensino fundamental, médio ou superior, a aplicação de provas em dias não coincidentes com o período de guarda religiosa”, além de que “poderá o aluno, pelos mesmos motivos previstos neste artigo, requerer à escola que, em substituição à sua presença na sala de aula, e para fins de obtenção de frequência, seja-lhe assegurada, alternativamente, a apresentação de trabalho escrito ou qualquer outra atividade de pesquisa acadêmica, determinados pelo estabelecimento de ensino, observados os parâmetros curriculares e plano de aula do dia de sua ausência”.

5 - Agravo inominado provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento

ao agravo inominado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 05 de abril de 2017.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Cuida-se de apelação em mandado de segurança impetrado para determinar que a instituição de ensino abone as faltas e substitua a presença do impetrante nas aulas lecionadas durante o período sabático (pôr do sol de sexta feira ao pôr do sol de sábado) por aulas ou trabalhos em outros horários, além de não marcar provas ou atividades nesse período.

Foram prestadas informações.

A liminar foi indeferida.

Em sentença, a segurança foi denegada.

O impetrante interpôs apelação alegando os princípios da razoabilidade e da liberdade de crença, além da Lei do Estado de São Paulo nº 12.142/2005.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento da apelação.

Foi proferida decisão monocrática negando seguimento à apelação, com fulcro no Artigo nº 557 do antigo CPC.

O impetrante interpôs agravo inominado, pugnando pela reforma da decisão, argumentando que o direito pleiteado encontra-se previsto na Lei do Estado de São Paulo nº 12.142/2005.

A União foi intimada para responder o agravo inominado.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

As instituições de ensino, através da chamada autonomia universitária prevista no artigo 207 da Magna Carta, podem estabelecer regras quanto ao seu funcionamento, desde que respeitada a Constituição e a lei vigente:

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Por considerar que o impetrante, ao se matricular no curso universitário, tinha conhecimento da grade curricular do curso, da carga horária, bem como da frequência mínima de aproveitamento, esta Corte, privilegiando os princípios da isonomia e da autonomia universitária, vinha decidindo que o aluno deveria se submeter a tais regras, independentemente de sua religião. (AMS 00061724720064036104, DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO

HADDAD, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 17/12/2009 PÁGINA: 476) (AMS 00105438320084036104, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 27/09/2010 PÁGINA: 863) (AC 00048481820114058100, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 08/11/2012 - Página: 182.) (APELREEX 200985000050837, Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo, TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data: 02/06/2010 - Página: 727.) (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS 0005478-28.2013.4.03.6106, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 16/04/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2015 - grifei) (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0008677-23.2011.4.03.6108, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, julgado em 23/08/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 31/08/2012) (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC 0000707-59.2012.4.03.6003, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, julgado em 25/06/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 03/07/2015) (TRF3 - 2012.61.00.005229-5/SP TERCEIRA TURMA - RELATOR: Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - 28/5/2013)

Ocorre que, ante a pendência de julgamento da ADI 3714, deve-se considerar que a ponderação entre os princípios da autonomia universitária e da liberdade religiosa foi realizada pela Lei do Estado de São Paulo nº 12.142/2005.

O Artigo 2º da mencionada lei dispõe que “é assegurado ao aluno, devidamente matriculado nos estabelecimentos de ensino público ou privado, de ensino fundamental, médio ou superior, a aplicação de provas em dias não coincidentes com o período de guarda religiosa”, além de que “poderá o aluno, pelos mesmos motivos previstos neste artigo, requerer à escola que, em substituição à sua presença na sala de aula, e para fins de obtenção de frequência, seja-lhe assegurada, alternativamente, a apresentação de trabalho escrito ou qualquer outra atividade de pesquisa acadêmica, determinados pelo estabelecimento de ensino, observados os parâmetros curriculares e plano de aula do dia de sua ausência”.

Pelo exposto, dou provimento ao agravo inominado para conceder a segurança e garantir ao aluno a aplicação de provas em dias não coincidentes com o período de guarda religiosa e ter sua presença em sala, no referido período, assegurada ou substituída por trabalho escrito ou qualquer outra atividade de pesquisa acadêmica.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0021505-71.2013.4.03.0000

(2013.03.00.021505-7)

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Agravadas: NILZA BOZELI CEZARE E MÁRCIA CRISTINA CAPELINI PAGLIONI CORREIA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JALES - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
Classe do Processo: AI 513261
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/02/2017

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INOCORRÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E OFENSA À AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE DEVOLUTIVIDADE QUANTO AOS TEMAS DA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO, INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA, ILEGITIMIDADE ATIVA E INTERESSE PROCESSUAL. OBJETO DE EXAME DO AGRAVO ADSTRITO À INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 37, § 4º, DA CF/1988. ART. 7º DA LEI 8.429/1992. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DA MEDIDA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS AGRAVADAS CONSIDERADA PARA FINS DO DECRETO DE INDISPONIBILIDADE. NECESSIDADE DE DELIMITAÇÃO DO QUANTUM. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO EM PARTE. PREJUDICADA A ANÁLISE DO AGRAVO REGIMENTAL.

I. Agravo de instrumento com pedido de antecipação da tutela recursal interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que, em sede de ação civil pública por improbidade administrativa, afastou as preliminares processuais suscitadas pelas requeridas, recebeu a peça inicial (artigo 17, § 8º, da Lei nº 8.429/1992) e indeferiu o pedido liminar de indisponibilidade de bens, ao fundamento da não comprovação da prática concreta de atos voltados à dilapidação do seu patrimônio.

II. O tema da indisponibilidade patrimonial foi analisado pelo Juízo de 1º grau no bojo da decisão impugnada à luz dos elementos constantes dos autos originários até aquele momento, consideradas, inclusive, as manifestações das requeridas para o escopo de ser deliberado sobre o pleito ministerial, de modo que não restam configuradas a supressão de instância e a ofensa à ampla defesa. Presentes as condições de admissibilidade recursal, impõe-se o conhecimento do agravo de instrumento.

III. As matérias atinentes à incompetência da Justiça Federal, foro por prerrogativa de função, inadequação da via eleita, ilegitimidade ativa do MPF e ausência de interesse processual, suscitadas pelas agravadas, não constituem objeto do presente recurso. Em que pese terem sido analisadas na decisão recorrida, não constaram da inicial recursal apresentada pelo Ministério Público Federal, ou seja, é vedada a sua reapreciação em sede do presente agravo de instrumento por não estarem abrangidas pelo âmbito de devolutividade. Seu exame depende de provocação da parte interessada por meio do manejo de recurso apropriado, situação inócua *in casu*, motivo

pelo qual não se perquire acerca de sua análise.

IV. A ação civil pública originária, com pedido liminar de indisponibilidade de bens, objetiva a condenação das rés às penas do artigo 12, II e III, da Lei de Improbidade Administrativa, dada a prática das condutas insculpidas no artigo 10, incisos V, VIII e XII, e artigo 11, *caput*, do mesmo diploma, porquanto apurada, em sede de investigação administrativa, a ocorrência de irregularidades em procedimento de licitação promovido pelo Município de São João das Duas Pontes/SP, concernentes ao indevido reconhecimento de situação de inexigibilidade do certame, pois firmado pacto administrativo com empresa promotora de *shows* artísticos sem apresentação de documentação comprobatória de exclusividade para contratação dos intérpretes, requisito indispensável à não realização do procedimento licitatório.

V. Na forma do artigo 37, § 6º, da CF/1988 e artigo 7º da Lei nº 8.429/1992, é pressuposto para decretação da indisponibilidade de bens o *fumus boni juris*, ou seja, a demonstração de elementos que atrelem a conduta narrada à prática de atos tidos por ímprobos, dos quais resulte lesão ao patrimônio público ou o enriquecimento ilícito, não exigida a presença concomitante das duas situações. Quanto ao requisito do *periculum in mora*, não há necessidade de comprovação de atos concretos de dilapidação patrimonial, suficiente a demonstração indiciária quanto ao dano ao erário ou ao locupletamento indevido. Precedentes do STJ (REsp 1.366.721, julgado sob a sistemática do artigo 543-C do CPC/1973).

VI. As declarações de exclusividade apresentadas pela empresa contratada não atendem às exigências legais (artigo 25, III, da Lei nº 8.666/1993) e às condições pactuadas por ocasião da celebração do convênio para repasse de verba federal entre a municipalidade e o Ministério do Turismo (cláusula 3º, item “oo”), a tornar indevido o reconhecimento da inexigibilidade do certame, conduta para a qual concorreram as agravadas. Estão, portanto, demonstrados os pressupostos hábeis à decretação da indisponibilidade, na medida em que sinalizam a possibilidade da ocorrência de prejuízo ao erário decorrente da prática de ato ímprobo (artigo 7º da LIA).

VII. Imperioso reconhecer para fins da indisponibilidade, por decorrência, a responsabilidade solidária das requeridas até o final julgamento da lide originária, quando se procederá à delimitação das respectivas obrigações de ressarcimento pelos prejuízos apurados. Precedentes do STJ.

VIII. O arbitramento da indisponibilidade deve balizar-se pelo dano indiciário apontado, considerados, *in casu*, o valor do repasse da verba federal, a contrapartida financeira do município, o montante indicado para fins de condenação das requeridas ao pagamento da multa civil e a incidência de juros e correção monetária.

IX. Decisão agravada reformada para o fim de determinar a indisponibilidade patrimonial das agravadas, limitado o decreto ao valor de R\$ 400.000,00 para cada uma.

X. Contraminutas conhecidas em parte. Preliminares rejeitadas. Agravo de instrumento provido em parte. Prejudicada a apreciação do agravo regimental, à vista do julgamento do recurso.

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, conhecer em parte

das contraminutas e rejeitar as preliminares suscitadas, bem como dar parcial provimento ao agravo de instrumento para o fim de determinar a indisponibilidade patrimonial das agravadas, limitado o decreto ao valor de R\$ 400.000,00 para cada uma, e declarar prejudicada a apreciação do agravo regimental, à vista do julgamento do recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de dezembro de 2016.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Agravo de instrumento com pedido de antecipação da tutela recursal interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão que, em sede de ação civil pública por improbidade administrativa, afastou as preliminares processuais suscitadas pelas requeridas, recebeu a peça inicial (artigo 17, § 8º, da Lei nº 8.429/1992) e indeferiu o pedido liminar de indisponibilidade de bens, ao fundamento da não comprovação da prática concreta de atos voltados à dilapidação do seu patrimônio (fls. 150/151v).

Cinge-se a insurgência do agravante à parte do *decisum* que deixou de determinar a indisponibilidade de bens das agravadas requerida em sua exordial. Sustentou, em síntese, que:

a) ajuizou ação civil pública com pedido liminar de indisponibilidade patrimonial e de condenação das rés pela prática de atos de improbidade administrativa às penas do artigo 12, incisos II e III, da Lei nº 8.429/1992, em razão da utilização indevida do instrumento da inexigibilidade de licitação para a contratação de *shows* artísticos, vinculada à celebração do Convênio nº 739977/2010 entre o Ministério do Turismo e o Município de São João das Duas Pontes/SP;

b) a não realização de licitação e subsequente contratação foram irregulares, pois não comprovada a exclusividade na “comercialização dos artistas”, requisito indispensável para a modalidade “inexigibilidade de licitação”, conduta caracterizada como ímproba, nos termos do artigo 10, incisos V, VIII e XII, e artigo 11, *caput*, da Lei nº 8.429/1992;

c) foram ajuizadas diversas ações civis públicas com objeto similar, porquanto verificada a prática das mesmas irregularidades por 39 municípios da região do noroeste paulista, qual seja, a contratação para realização de *shows* artísticos em eventos locais com indevido reconhecimento de inexigibilidade de licitação e má utilização de verba federal, repassada por meio de convênios celebrados com o Ministério do Turismo, entre os anos de 2007 e 2010;

d) a situação teve grande repercussão, inclusive com ampla divulgação na mídia, o que ensejou a edição da Portaria nº 112 do Ministério do Turismo, que enrijeceu as regras para repasse de recursos públicos destinados ao apoio de tais programas sociais;

e) o pedido de indisponibilidade, cuja análise foi postergada pelo Juízo de 1ª instância para depois da manifestação preliminar das requeridas, foi indeferido ao fundamento de que não houve a demonstração dos pressupostos concretos para a decretação da medida, em especial quanto à dilapidação patrimonial por parte das demandadas. Os requisitos, contudo, estavam devidamente caracterizados na espécie, dada a existência de comprovação de suficientes indícios da prática de atos de improbidade administrativa lesivos ao erário;

f) não há dúvidas acerca da presença do *fumus boni juris*, o qual foi reconhecido pela

magistrada de 1º grau, posto que evidenciado por meio de documentos que apontaram indícios suficientes das ilicitudes narradas na exordial da ação originária, a saber, contratação direta pela municipalidade, em virtude do indevido reconhecimento de inexigibilidade de procedimento licitatório. O pacto administrativo não foi celebrado diretamente com os artistas tampouco por meio de seus empresários exclusivos, mas por *empresa intermediária*, Agnaldo José Paglione Correa & Cia. Ltda., que se dizia “exclusiva para as datas” dos eventos quanto às bandas Estrela Super Som, Albatroz e W. Brasil;

g) não há necessidade de ser evidenciada a dilapidação patrimonial, pois doutrina e jurisprudência são unânimes quanto à caracterização *in re ipsa do periculum in mora* em casos de improbidade, ou seja, a presunção de sua existência a partir dos fatos, decorrência do disposto no artigo 7º da LIA. Prescindível, assim, qualquer demonstração nesse sentido;

h) o decreto de indisponibilidade não causa prejuízo irreversível às rés, dado que atinge somente a faculdade de alienar seus bens. Por conseguinte, resta mantido o exercício dos demais poderes inerentes ao domínio (artigo 1.228 do CC);

i) por maior razão deverá neste momento ser decretada a indisponibilidade, uma vez que foram as requeridas devidamente notificadas do ajuizamento da ação civil pública, o que aumenta o risco de que malbaratem seus bens.

Às fls. 154/161, foi nesta instância deferida a antecipação da tutela recursal para determinar a indisponibilidade dos bens das agravadas.

Contraminita de Márcia Cristina Capelini Paglioni Correa (fls. 163/179), na qual arguiu que:

a) a decisão agravada não apreciou o pedido de indisponibilidade de bens, apenas postergou sua análise para momento oportuno, qual seja, depois de estabelecido o contraditório. Assim, não pode o pleito ser examinado em sede recursal, sob pena de supressão de instância e afronta à ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da CF/1988), a tornar imperioso o não conhecimento do agravo de instrumento;

b) em manifestação apresentada perante o Juízo de origem, a agravada comprovou por meio documental que as empresas contratadas demonstraram sua exclusividade quanto à promoção dos *shows* de entretenimento visados pela municipalidade, em especial quanto aos artistas e datas almejados. Desse modo, ainda que fosse instaurado processo licitatório, haveria a habilitação de apenas uma empresa, pois os intérpretes “não iriam de forma alguma conceder carta de exclusividade para aquele período para outro empresário”, ou seja, não havia outra empresa que pudesse representar as bandas na data do evento;

c) a contratação direta foi lícita. As cartas de exclusividade, que têm mera natureza “operacional”, foram firmadas pelos próprios artistas ou pelo empresário exclusivo. Ademais, não restaram configurados excessos, má-fé, desvio de finalidade, abuso, dolo, erro grosseiro ou culpa manifesta;

d) não houve qualquer prejuízo à administração pública, porquanto o serviço foi devidamente aprovado pelo Ministério do Turismo e efetivamente prestado pelas contratadas. Inexistente dano ao erário, não há que se falar em improbidade administrativa;

e) o MPF não comprovou a existência dos requisitos autorizadores da decretação de indisponibilidade, visto que o mero ajuizamento da ação civil pública não é para tanto suficiente;

f) não está caracterizada a improbidade administrativa arguida na exordial da demanda originária, qual seja, a irregularidade de contratação direta decorrente da inobservância aos parâmetros contidos no artigo 25, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, porque não se deu “dire-

tamente com os artistas”. É notório o fato de que eles não se dispõem ao contato direto, tão somente por meio de seus empresários, já que “não têm tempo para correr atrás de papeladas”. Outrossim, o agente é devidamente credenciado para representar o artista e o contrato entre eles firmado não pode ser infringido;

g) as hipóteses legais de inexigibilidade objetivam atender a “interesse público singular”, que escapa ao padrão de normalidade e, portanto, não revela “situação normal que implique solução padronizada”, a tornar despidianda a rigorosidade na contratação;

h) deu-se a escolha com base na preferência da população da localidade, direcionada a contratação aos artistas que fazem “algum sucesso particular em suas apresentações”, cobram “preço módico e suportável” e “estão na moda”. Dessa maneira, “a população deseja tal apresentação e não outra, embora pudesse até ser de melhor qualidade”, ou seja, em razão da *inviabilidade de competição* foram automaticamente excluídos os artistas que não atendiam a tais pressupostos;

i) a inexigibilidade de licitação foi precedida do devido processo de avaliação, cujo referencial máximo para contratação não ultrapassa o valor constante do plano de trabalho aprovado;

j) não está configurado superfaturamento nas contratações, uma vez que o município estava vinculado ao limite do repasse da verba federal;

k) a inicial da ação originária não logrou demonstrar a responsabilidade da agravada pelas condutas descritas nos incisos V, VIII e XII do artigo 10 e *caput* do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa;

l) a decisão liminar proferida no presente agravo deve ser reformada, dada a ausência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Além disso, deve ser “negado seguimento” ao recurso em razão da ausência de condição de admissibilidade. Sucessivamente, deverá ser o agravo desprovido e condenado o *Parquet* Federal a arcar com os ônus sucumbenciais.

Agravo regimental de Márcia Cristina Capelini Paglioni Correa (fls. 194/210) contra a decisão liminar de fls. 154/161, que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, interposto com o escopo de vê-la reformada, cujas arguições repisaram, em suma, a linha de argumentação expendida na manifestação de fls. 163/179. A resposta do Ministério Público Federal ao recurso está acostada às fls. 260/265, no sentido do seu desprovimento.

Contraminuta de Nilza Bozeli Cézare às fls. 211/232. Pugnou pelo conhecimento do agravo de instrumento e seu desprovimento, com cassação da liminar concedida. Aduziu que:

a) os precedentes jurisprudenciais que embasaram a decisão agravada não são aplicáveis à espécie, dado que remetem a casos “históricos”, um deles atrelado à suspeita de dano ao erário no patamar de R\$ 209 milhões.

b) a decisão não poderia ter apreciado *inaudita altera parte* o tema da indisponibilidade de bens, o que implicou violação ao artigo 5º, incisos LIV e LV (direito de defesa), e artigo 102, inciso III, alínea “a”, ambos da CF/1988;

c) a Justiça Federal é incompetente para apreciação do feito. A verba *sub judice*, repassada pelo Ministério do Turismo, foi incorporada ao patrimônio municipal e não está sujeita à prestação de contas junto ao TCU, de modo que não está configurado o interesse federal, o que revela a competência da Justiça Estadual para julgamento da lide. Ausente o interesse da União, caracterizada está, também, a ilegitimidade ativa *ad causam* do MPF e a falta de interesse processual para o ajuizamento da ação civil pública;

d) o agente político não pode ser responsabilizado nos termos da Lei de Improbidade Administrativa, pois “a natureza da sanção é diversa”. Dessa forma, deveria a agravada, prefeita do município à época dos fatos, ser julgada por crime de responsabilidade perante o Tribunal de Justiça (foro por prerrogativa de função), inobservância que revela a inadequação da via eleita e a nulidade absoluta dos atos processuais praticados (artigo 29, X, da CF/1988; artigos 111 e 113 do CPC/1973; Súmula 702 do STF);

e) a contratação foi regular, porquanto configurada a inexigibilidade da licitação, nos termos do artigo 25 da Lei nº 8.666/1993, situação “aceita” pelo próprio Ministério do Turismo. Assim, não houve desvio de finalidade, abuso, dolo, erro grosseiro ou culpa manifesta, mas apenas “falhas operacionais” (fl. 225). Tampouco houve vontade ou consciência voltadas a alcançar objetivos escusos. Justificada a inexigibilidade, também, por se tratar de interesse público “que escapa ao padrão da normalidade” e requer solução não padronizada;

f) “deu-se a escolha com base na preferência da população da localidade, direcionada a contratação aos artistas que fazem ‘algum sucesso particular em suas apresentações’, cobram ‘preço módico e suportável’ e ‘estão na moda’. Dessa maneira, ‘a população deseja tal apresentação e não outra, embora pudesse até ser de melhor qualidade’, ou seja, em razão da *inviabilidade de competição* foram automaticamente excluídos os artistas que não atendiam a tais pressupostos” (argumentos apresentados de forma idêntica pela agravada Márcia);

g) não houve superfaturamento nas contratações, dado que deve ser observado o valor referencial máximo constante do plano de trabalho aprovado;

h) o STJ tem entendimento no sentido de que a contratação de artistas por intermédio de produtoras não depende, necessariamente, da preexistência de contrato de exclusividade entre eles celebrado.

i) não demonstrada a percepção de qualquer vantagem indevida, dano ao erário, má-fé, dolo (artigo 84 do código Penal) ou culpa, não pode ser decretada a indisponibilidade de seu patrimônio, sob pena de ser configurado prejuízo relevante e irreparável.

Em seu parecer, o membro do Ministério Público Federal que oficia no segundo grau requereu o provimento ao presente recurso (fls. 269/275).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Antes de examinar as arguições expendidas em relação ao objeto do recurso, consignam-se as ponderações a seguir quanto às matérias suscitadas em sede das contraminutas, as quais, consoante a argumentação apresentada, seriam hábeis a obstar a apreciação do mérito do agravo de instrumento.

1. Da Admissibilidade Recursal

Ab initio, impende registrar que a decisão agravada de fato apreciou o tema da indisponibilidade de bens, de modo que *não* se procedeu à postergação de seu exame, ao revés do arguido. Confira-se excerto do provimento impugnado, *verbis* (fls. 151/151v):

(...)

Passo, agora, a apreciar o pedido de indisponibilidade de bens, cuja apreciação foi postergada para momento oportuno, depois de estabelecido o contraditório (fl. 14).

(...)

Outrossim, não é demais mencionar que o Ministério Público Federal não demonstrou que as rés estejam dilapidando o seu patrimônio. Não se discute, aqui, a relevância do pedido ministerial, que tem como escopo salvaguardar o patrimônio público. Porém, *não entendo plausível a efetivação da indisponibilidade dos bens neste momento processual, sem a demonstração concreta dos pressupostos para a decretação da medida.*

(...)

Assim, neste momento processual, pelas razões expostas, tenho para mim que *o pedido de indisponibilidade dos bens das rés deve ser indeferido*, porquanto ausentes os requisitos autorizadores de extrema medida, ao menos, frise-se, neste momento processual.

(destaques aditados)

O teor transcrito na manifestação da agravada MÁRCIA CRISTINA CAPELINI PAGLIONI CORREA às fls. 165/166 de sua manifestação, portanto, não se refere ao *decisum ora impugnado*. Concerne, em verdade, ao provimento judicial encartado às fls. 25/25v dos presentes autos, o qual *não* é objeto do agravo de instrumento. Assim, *o tema foi analisado pela magistrada de 1º grau* nos termos da decisão colacionada às fls. 150/151v, à luz dos elementos constantes dos autos originários até aquele momento, consideradas, inclusive, as manifestações das requeridas para o escopo de ser deliberado sobre o pleito ministerial atinente à indisponibilidade de bens.

A própria parte agravada se contradiz em sua contraminuta. Transcreve decisão que não é objeto da irrisignação do MPF (fls. 165/166) e, de outro lado, aponta o provimento efetivamente impugnado (fls. 168/169), a revelar manifesta incongruência em sua argumentação. Não prospera, desse modo, o argumento lançado, de modo que não há que se falar em supressão de instância e ofensa à ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV, e artigo 102, inciso III, alínea “a”, ambos da CF/1988).

Presentes as condições de admissibilidade recursal, impõe-se o conhecimento do agravo de instrumento.

2. Das questões de natureza processual

Os temas da *incompetência da Justiça Federal, existência de foro por prerrogativa de função, inadequação da via eleita, ilegitimidade ativa do MPF e ausência de interesse processual*, suscitados em sede das contraminutas, *não constituem objeto do presente recurso. Em que pese terem sido analisados os pontos na decisão recorrida*, não constaram da inicial recursal apresentada pelo Ministério Público Federal. A reapreciação das matérias, nesta instância, dependeria de *provocação da parte interessada por meio do manejo de recurso apropriado* para a finalidade de impugnar especificamente os referidos capítulos do *decisum*. Em outras palavras, o *âmbito de devolutividade do presente agravo está adstrito ao exame da indisponibilidade patrimonial* e, em consequência, à presença ou não dos requisitos necessários à sua decretação. Qualquer outra *quaestio* apreciada pelo Juízo *a quo*, ainda que decidida no bojo do provimento judicial *sub judice*, não poderá ser objeto de análise em sede deste agravo, sob pena de restar configurado julgamento *extra petita*. Assim considerado, *não se perquire acerca da análise dos aludidos pontos*, dos correlatos normativos (artigo 29, X, da CF/1988, artigos 111 e 113 do CPC/1973) e entendimento jurisprudencial colacionado (Súmula 702 do STF, inclusive).

3. Do mérito recursal

O agravo de instrumento comporta parcial provimento.

O MPF aduziu ter havido irregularidades em procedimento de licitação promovido pelo Município de São João das Duas Pontes/SP, concernentes ao indevido reconhecimento de situação de inexigibilidade do certame, porquanto firmado pacto administrativo com empresa promotora de *shows* artísticos sem apresentação de documentação comprobatória de exclusividade para contratação dos intérpretes, requisito indispensável à não realização do procedimento licitatório.

Em que pese à magistrada de 1ª instância ter reconhecido a presença dos indícios da conduta ímproba apontada na exordial da ação civil pública, negou o pedido de indisponibilidade de bens formulado, ao fundamento de que não houve comprovação de que as requeridas estariam em vias de dilapidar seu patrimônio.

A respeito do tema, o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal e o artigo 7º da Lei nº 8.429/92 preceituam:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 4º - Os atos de *improbidade administrativa* importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a *indisponibilidade dos bens* e o *ressarcimento ao erário*, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Art. 7º. Quando o ato de improbidade causar *lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito*, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o *caput* deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

(destaques adotados)

A interpretação dos normativos revela que tanto a lesão ao patrimônio público quanto o enriquecimento ilícito são causas de indisponibilidade, o que não exige a presença concomitante das duas situações. A configuração de uma *ou* outra é suficiente para a determinação da medida, que é provimento cautelar, mas prescinde da propositura de uma ação cautelar autônoma para a sua decretação e pode perfeitamente ser deferida em sede de liminar na ação civil pública. Além disso, a demonstração da existência de indícios do dano ao erário - *fumus boni iuris* do feito principal - por si só legitima a concessão da aludida medida, considerado que o *periculum in mora*, nessa situação, encontra-se subentendido nos mencionados dispositivos.

Anote-se, em relação ao *periculum in mora*, o tema não demandar maiores digressões, uma vez que a Superior Corte sedimentou o entendimento no sentido de que, para ser determinada a indisponibilidade patrimonial em sede de ação civil pública por improbidade administrativa, *não há necessidade de comprovação de atos concretos de dilapidação patrimonial*, suficiente a demonstração dos elementos que atrelem a conduta dos requeridos à prática de atos tidos por ímprobos, matéria julgada sob a sistemática do artigo 543-C do CPC/1973 (REsp 1.366.721, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 19/09/2014; ementa a seguir colacionada). *O julgado que sufraga a decisão recorrida - julgamento realizado pelo STJ em maio de 2003 -, reflete, portanto, posicionamento superado.* Confira-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC/73. VIOLAÇÃO. AUSÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 7º DA LEI Nº 8.429/92. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE DILAPIDAÇÃO IMINENTE OU EFETIVA DO PATRIMÔNIO DO DEMANDADO.

1. Não cabe falar em afronta ao art. 535, II, do CPC, pois o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2. *A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.366.721/BA, sob a sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), consolidou o entendimento de que o decreto de indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa constitui tutela de evidência e dispensa a comprovação de dilapidação iminente ou efetiva do patrimônio do legitimado passivo, uma vez que o periculum in mora está implícito no art. 7º da Lei nº 8.429/1992 (LIA).*

3 - Recurso especial provido. (destaques aditados)

(STJ, REsp 11899008, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 17/06/2016);

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. REQUISITOS.

1. Hipótese de deferimento liminar da medida de indisponibilidade de bens do agravante, sem sua prévia manifestação, para garantir o integral ressarcimento do suposto dano ao erário.

2. A medida cautelar de indisponibilidade de bens pode ser concedida *inaudita altera pars*, antes mesmo do recebimento da petição inicial da ação de improbidade administrativa.

3. *Constatados pelas instâncias ordinárias os fortes indícios do ato de improbidade administrativa (fumus boni iuris), é cabível a decretação de indisponibilidade de bens, independentemente da comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio ou na iminência de fazê-lo, pois o periculum in mora está implícito no comando legal (REsp 1.366.721/BA, 1ª Seção, Relator p/ acórdão Ministro Og Fernandes, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, DJe 19.09.2014).* (destaques aditados)

(STJ, AGAREsp 671281, Rel. Des. Conv. Olindo Menezes, DJe 15/09/2015);

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO PROMOVIDO. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. EXEGESE DO ART. 7º DA LEI Nº 8.429/1992, QUANTO AO PERICULUM IN MORA PRESUMIDO. MATÉRIA PACIFICADA PELA COLENDIA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. Tratam os autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra o ora recorrido, em virtude de imputação de atos de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992).

2. Em questão está a exegese do art. 7º da Lei nº 8.429/1992 e a possibilidade de o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao Erário.

3. A respeito do tema, a Colenda Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.319.515/ES, de relatoria do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques (DJe 21/9/2012), reafirmou o entendimento consagrado em diversos precedentes (Recurso Especial 1.256.232/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/9/2013, DJe 26/9/2013; Recurso Especial 1.343.371/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/4/2013, DJe 10/5/2013; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 197.901/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 28/8/2012, DJe 6/9/2012; Agravo Regimental no Agravo

no Recurso Especial 20.853/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21/6/2012, DJe 29/6/2012; e Recurso Especial 1.190.846/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 10/2/2011) de que, “(...) no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992, verifica-se que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora* implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual ‘os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível’. O *periculum in mora*, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei nº 8.429/92. Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes trâfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do *periculum in mora* (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido”.

4. Note-se que a compreensão acima foi confirmada pela referida Seção, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.315.092/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 7/6/2013.

5. Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o *periculum in mora* encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa.

6. Recursos especiais providos, a que restabelecida a decisão de primeiro grau, que determinou a indisponibilidade dos bens dos promovidos.

7. *Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução nº 8/2008/STJ.* (destaques adotados)

(STJ, REsp 136621, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 19/09/2014).

Impende registrar, também, algumas considerações quanto à presença do *fumus boni juris*. O Juízo *a quo* apontou expressamente haver indícios suficientes à caracterização da prática, pelas agravadas, de atos de improbidade administrativa lesivos ao erário, o que atende ao preenchimento do aludido pressuposto (fl. 150v). Tais elementos concernem à inobservância dos requisitos para fins de contratação direta pela municipalidade, na forma do artigo 25, III, da Lei nº 8.666/1993, *verbis*:

Art. 25. É *inexigível a licitação* quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...)

III - para *contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo*, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. (destaques adotados)

À disposição contida no normativo transcrito foi acrescida a *exigência da cláusula terceira* do Convênio MTur/Município de São João das Duas Pontes-SP nº 739977/2010 (fl. 51 do anexo) :

Cláusula Terceira - Das Obrigações dos Partícipes

I. Compete ao CONCEDENTE:

(...)

oo) apresentar na prestação de contas, quando da contratação de artistas, consagrados, enquadrados na *hipótese de inexigibilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/1993*, atualizada, por meio de intermediários ou representantes, cópia do *contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, registrado em cartório*, sob pena de glosa dos valores envolvidos. *Ressalta-se que o contrato de exclusividade difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento, conforme dispõe o Acórdão nº 96/2008 - Plenário do TCU.* (destaques adotados)

Constam dos autos em apenso ao presente agravo Peças de Informação - PI nº 1.34.030.000177/2011-86, que a comissão de licitação e o departamento jurídico avalizaram a inexigibilidade do certame. Foi, assim, adjudicado o objeto à empresa Agnaldo José Paglione Correa & Cia. Ltda. (fls. 78/84) e celebrado o Contrato Administrativo nº 050/2010 (fls. 85/89) para o fim de serem contratadas três bandas que teriam exclusividade com a empresária - cuja comprovação foi procedida por meio de duas declarações e uma carta, consoante se afere às fls. 68/72.

As requeridas foram incluídas no polo passivo da lide originária, porque teriam participado dos atos tidos por ímprobos. A corré MÁRCIA CRISTINA CAPELINI PAGLIONI CORREA foi acionada na qualidade de representante legal da empresa contratada, Agnaldo José Paglione Correa & Cia. Ltda. (fls. 70/72, 85/87). A requerida NILZA BOZELI CEZARE, a seu turno, era prefeita à época dos fatos, procedeu à adjudicação da contratação dos *shows*, atuou como ordenadora de despesas, inclusive com emissão da respectiva autorização, assinou o contrato administrativo e seu aditamento (fls. 80/81, 87/88, 92/97 dos autos em apenso).

As aludidas “*declarações*” e a “*carta*”, ao menos neste momento processual e para fins de ser decretada a indisponibilidade de bens pretendida pelo *Parquet* Federal, não consubstanciam documentos que atendem à exigência do Convênio nº 739977/2010 firmado entre a municipalidade e o Ministério do Turismo, porquanto configuram *declarações de exclusividade para as datas dos shows* e, por consequência, *não podem ser equiparadas a contratos de exclusividade firmados entre empresários e artistas, registrados em cartório*, na forma exigida pela transcrita cláusula terceira, item “oo”, do aludido instrumento. Tais documentos, assim, trazem indícios hábeis à configuração do *fumus boni juris* indispensável à decretação da indisponibilidade, na medida em que sinalizam a possibilidade da ocorrência de prejuízo ao erário decorrente da prática de ato ímprobo, o que atende ao correlato requisito insculpido no artigo 7º da LIA.

Não se aplica à espécie o entendimento do C. STJ invocado pelas agravadas, atinente à “desnecessidade de preexistência de contrato de exclusividade”, uma vez que o dever ora examinado decorre não só de disposição legal, como também das cláusulas do convênio *in casu* pactuado.

Em complemento, anote-se que a configuração de má-fé, dolo (artigo 84 do CP), culpa, eventuais excessos por parte das requeridas, bem como a análise exauriente dos argumentos

por elas lançados, deverão ser objeto da instrução probatória na lide originária. Para fins da indisponibilidade patrimonial, é suficiente o entrever indiciário de sua participação na conduta apontada como ímproba e que causou prejuízo ao patrimônio federal, de modo que não se perquire acerca do exaurimento das provas para tal finalidade, pois os elementos trazidos pelo agravante são aptos a fundamentar a decretação da indisponibilidade de bens.

Confirmada a existência dos indícios de conduta ímproba e dano ao erário, vinculados ao *fumus boni juris*, e presente o *periculum in mora*, na forma consignada, é imperioso reconhecer para fins da indisponibilidade, por decorrência, a *responsabilidade solidária* das requeridas até o final julgamento da lide originária, quando se procederá à delimitação das respectivas obrigações de ressarcimento pelos prejuízos apurados, entendimento assente nos tribunais pátrios. Traz-se a lume, a título exemplificativo, o seguinte julgado do C. STJ:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO PROMOVIDO. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DA MEDIDA ANTES DO RECEBIMENTO DA INICIAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ATÉ A INSTRUÇÃO FINAL DO FEITO. INCIDÊNCIA TAMBÉM SOBRE BENS ADQUIRIDOS ANTES DA CONDUITA ÍMPROBA.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a decretação da indisponibilidade e do sequestro de bens em ação de improbidade administrativa é possível antes do recebimento da ação. Precedentes: AgRg no AREsp 671281/BA, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, DJe 15/09/2015; AgRg no REsp 1317653/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/03/2013; AgRg no AREsp 20853/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 29/06/2012.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que, “nos casos de improbidade administrativa, a responsabilidade é solidária até, ao menos, a instrução final do feito em que se poderá delimitar a quota de responsabilidade de cada agente para o ressarcimento”. Precedentes: MC 15.207/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 10/02/2012;

3. A jurisprudência do STJ conclui pela possibilidade de a indisponibilidade recair sobre bens adquiridos antes do fato descrito na inicial. Precedentes: REsp 1301695/RS, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, DJe 13/10/2015; EDcl no AgRg no REsp 1351825/BA, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 14/10/2015.

4. Agravo regimental não provido. (destaques adotados)

(STJ, AGAREsp 698259, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, v.u., DJe 04/12/2015).

Assim ponderado, passa-se ao *apontamento do quantum* a ser fixado.

O *Parquet Federal* não apresentou um valor aproximado quanto à pretensão de indisponibilidade, seja em sua inicial recursal, seja no exórdio da ação civil pública. Não pode a decretação, contudo, voltar-se contra a totalidade do patrimônio das agravadas por ser medida que não se coaduna à razoabilidade e proporcionalidade e refoge à própria *mens legis*, destinada tão somente a assegurar o integral ressarcimento pelos prejuízos causados, *abarcado o efetivo dano sofrido e as penalidades acessórias, a exemplo da multa civil*. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consoante se ilustra pelas ementas a seguir colacionadas:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL AÇÃO CIVIL PÚBLICA, SOB ALEGAÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CONSTRITIVA DIFERENTE DO MERO BLOQUEIO DE BENS: DEPÓSITO JUDICIAL

DAS CONTRAPRESTAÇÕES VINCENDAS REFERENTES AO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LOCAÇÃO DE VEÍCULOS COM RESERVA DE DOMÍNIO AO FINAL DO PAGAMENTO DOS 36 MESES, SEM SOLUÇÃO DE CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO CONTRATUAL. NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS NO ÂMBITO DAS CAUTELARES. ART. 17, § 7º, DA LEI 8.429/1992. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. EXEGESE DO ART. 7º DA LEI 8.429/1992. PERICULUM IN MORA IMPLÍCITO. MEDIDA NÃO AUTOMÁTICA. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. MEDIDA PRETENDIDA DE NATUREZA SATISFATIVA. (...)

2. A jurisprudência do STJ, em Recurso Repetitivo (Resp 1.366.721/BA, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/Acórdão Min. OG FERNANDES, Primeira Seção, julgado em 26.02.2014, DJe 19.09.2014), firmou a orientação que o *periculum in mora*, por ser implícito no art. 7º da Lei 8.429/1992, dispensa a demonstração de dilapidação do patrimônio ou sua tentativa, mas cinge-se apenas às hipóteses de decretação de indisponibilidade de bens e ainda assim, não afastam a necessidade de sua adequada fundamentação, *havendo a necessidade de se aferir a presença dos seguintes requisitos: (a) sejam demonstrados fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que tenha causado lesão ao patrimônio público ou ensejado enriquecimento ilícito (fumus boni iuris); (b) seja a decisão adequadamente fundamentada pelo Magistrado, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição Federal); (c) esteja dentro do limite suficiente, podendo alcançar tantos bens quantos forem necessários a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao Erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma; e (d) seja resguardado o valor essencial para subsistência do indivíduo.*

(...)

7. Agravo Regimental do MPF a que se nega provimento, sem excluir a decretação de outra medida que se ajuste às limitações jurídicas e respeite o justo processo. (destaques aditados) (STJ, AGREsp 1494328, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, v.u., DJe 26/06/2015);

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. OFENSA AOS ARTS. 131, 458, II, E 535, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE PROVAS PARA O DEFERIMENTO DA MEDIDA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. LIMITE DA CONSTRIÇÃO. VALOR NECESSÁRIO AO INTEGRAL RESSARCIMENTO DO DANO. ART. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.429/92. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

I. Recurso Especial manifestado contra acórdão que negou provimento a Agravo de Instrumento interposto de decisão que, nos autos de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, deferiu o pedido de indisponibilidade dos bens de todos os demandados, até o valor total atribuído à causa.

(...)

IV. De acordo com o art. 7º, parágrafo único, da Lei 8.429/92, a indisponibilidade dos bens dos réus deve assegurar o integral ressarcimento do dano ou recair sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito, acrescido do valor do pedido de condenação em multa civil, se houver.

(...)

VI. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que, “nos casos de improbidade administrativa, a responsabilidade é solidária até, ao menos, a instrução final do feito em que se poderá delimitar a quota de responsabilidade de cada agente para o ressarcimento” (STJ, MC 15.207/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TUR-

MA, DJe de 10/02/2012).

(...)

VIII. Recurso Especial conhecido e parcialmente provido, para determinar que a medida de indisponibilidade dos bens da recorrente seja limitada ao valor necessário ao integral ressarcimento do dano indicado no item E, IX, do pedido formulado na inicial da Ação Civil Pública. (destaques aditados)

(STJ, REsp 1438344, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, v.u., DJe 09/10/2014);

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. MEDIDA DECRETADA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU E CASSADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INTERPRETAÇÃO QUE NÃO SE COADUNA COM A FINALIDADE DA MEDIDA ASSECURATÓRIA E DIVERGE DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. O caso origina-se de Ação Civil Pública voltada à apuração de responsabilidade pela prática de atos de improbidade administrativa consistentes em esquema fraudulento montado para direcionar licitações de ambulâncias nos municípios. Decretada a indisponibilidade dos bens dos réus, a decisão de primeira instância foi suspensa em liminar de Agravo de Instrumento pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que afirmou inexistente o *periculum in mora*.

3. No mérito, consolidou-se no Superior Tribunal de Justiça o posicionamento de que *o deferimento da medida constritiva não está condicionado à comprovação de que os réus estejam dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o periculum in mora está implícito no comando legal* e, portanto, é presumido pela mera existência de fundados indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário.

4. *A proporcionalidade pode ser utilizada como critério para determinar o alcance do bloqueio patrimonial, mas não para funcionar como requisito a impedir o deferimento da medida. Nesse sentido, a jurisprudência do STJ já sedimentou entendimento de não ser desproporcional a constrição patrimonial decretada até o limite da dívida, incluindo-se aí valores decorrentes de possível multa civil que venha a ser imposta como sanção autônoma. Precedentes.*

(...)

6. Recurso Especial parcialmente provido. (destaques aditados)

(STJ, REsp 1317439, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, v.u., DJe 18/09/2013).

Extrai-se dos precedentes colacionados, também, que a *proporcionalidade* não pode ser utilizada para afastar a imposição do decreto de indisponibilidade patrimonial, porque configura *um dos critérios* para delimitação do valor. Não pode ser empregada, portanto, para afastar a imposição da medida.

O arbitramento da indisponibilidade deve balizar-se pelo dano indiciário apontado, considerados, *in casu*: a) o valor do repasse da verba federal por ocasião da celebração do Convênio nº 739977/2010 para a realização do evento intitulado “10ª Festa do Peão”, quantia original de R\$ 100.000,00 (fls. 51/52 do apenso); a contrapartida financeira do Município de São João das Duas Pontes/SP, originalmente R\$ 5.000,00 (fls. 33, 51/52 dos autos em apenso); o montante indicado para fins de condenação das requeridas ao pagamento da multa civil, R\$ 210.000,00, equivalente a duas vezes o dano perpetrado (fl. 22v); a incidência de juros e correção monetária.

De conseguinte, considerados os parâmetros ora apontados e a aludida responsabilidade solidária das requeridas, impõe-se a indisponibilidade de bens até o patamar de R\$ 400.000,00 para cada corré.

Ante o exposto, CONHEÇO EM PARTE DAS CONTRAMINUTAS E REJEITO AS PRE-

LIMINARES SUSCITADAS, bem como DOU PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, a fim de determinar a indisponibilidade patrimonial das agravadas, limitado o decreto ao valor de R\$ 400.000,00 para cada requerida. Em consequência, resta *prejudicada a análise do agravo regimental* de fls. 194/210, à vista do julgamento do recurso.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA:

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de antecipação de tutela recursal interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão proferida em Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa que recebeu a petição inicial e indeferiu o pedido liminar de indisponibilidade de bens sob o fundamento de que não ficou comprovado a prática de atos concretos voltados a dilapidação patrimonial.

Inconformado, o agravante se insurgiu em relação ao indeferimento do pedido de indisponibilidade de bens das agravadas.

Em seu r. voto, o e. Desembargador Federal Relator deu parcial provimento ao recurso para determinar a indisponibilidade patrimonial das agravadas ao valor de R\$ 400.000,00, expondo os parâmetros utilizados para alcançar referido montante e considerando a responsabilidade solidária entre as corrés. Restou prejudicada a análise do agravo regimental.

Acompanho integralmente o e. Relator quanto à existência do *fumus boni juris* a justificar o decreto de indisponibilidade de bens das agravadas, uma vez que, conforme bem reconhecido pelo MM. Juiz *a quo*, diante dos elementos probatórios constantes nos autos, há indícios suficientes de prática de atos de improbidade administrativa imputados às agravadas.

Quanto ao *periculum in mora*, esse é presumido e emerge do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988 e artigo 7º da Lei de improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), tendo o C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.366.721/BA, sob a sistemática do artigo 543-C do CPC/1973, sedimentado entendimento no sentido de que para a decretação de indisponibilidade dos bens não é necessário a comprovação de dilapidação efetiva ou iminente de patrimônio, sendo suficiente a demonstração de indícios que relacionem a conduta dos réus à prática de atos considerados ímprobos. Destaco:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE. PROCESSO DE LICITAÇÃO. CRIAÇÃO DE EMPRESAS-FANTASMAS. INDISPONIBILIDADE DE BENS. POSSIBILIDADE.

1. Trata-se na origem, de Ação Cautelar incidental de indisponibilidade de bens ajuizada pelo Ministério Público Federal em Ação de Improbidade Administrativa decorrente das chamadas operações “Licitação e Fachada”, com objetivo de desarticulação de quadrilha voltada à fraude em licitações no Estado da Paraíba, mediante a criação de “empresas-fantasma” em nome de interpostas pessoas (“laranjas”) para participação em certames licitatórios.

2. É firme o entendimento no STJ de que a decretação de indisponibilidade dos bens não se condiciona à comprovação de dilapidação efetiva ou iminente de patrimônio, porquanto visa, justamente, a evitar dilapidação patrimonial. Ademais, tal medida consiste em “tutela de evidência, uma vez que o *periculum in mora* não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que

atinge toda a coletividade”.

3. Com o julgamento do REsp 1.366.721/BA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 19/9/2014, sob o rito dos Recursos Repetitivos, art. 543-C do CPC, não existe mais dúvida quanto à controvérsia colocada nos autos.

4. Recurso Especial provido.

(REsp 1584112/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 07/10/2016)

Portanto, verificados o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, impõe-se a decretação de indisponibilidade de bens.

Contudo, peço vênia para divergir dos termos em que o E. Relator fixou a medida de indisponibilidade dos bens para cada corrê, pois excessivamente gravosa, indo além dos desígnios a que se propõe a indisponibilidade de bens. Não pode a medida acautelatória significar antecipação da punição, devendo obedecer aos limites legais e constitucionais.

No caso dos autos não é possível fixar o valor de R\$ 400.000,00 para cada corrê, uma vez que de acordo com os parâmetros constantes nos autos, apesar de o Ministério Público Federal não fixar uma quantia, referido montante seria referente ao valor total, correspondente ao dano causado ao erário somado ao montante relativo a multa, com a incidência de juros e correção monetária.

Portanto, se o MPF não indica o valor que cada um dos réus deve preventivamente arcar para eventual ressarcimento, impõe-se ao magistrado fazer a divisão do valor total sob os princípios da proporcionalidade, individualidade e razoabilidade.

Assim, existindo duas agravadas, entendo razoável, tomando por base o montante total e observando o princípio da proporcionalidade, fixar o valor de R\$ 200.000 (duzentos mil reais), para fins de indisponibilidade de bens, para cada agravada.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO para determinar a indisponibilidade patrimonial das agravadas, limitando o decreto ao valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) para cada corrê. Prejudicada a análise do agravo regimental.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL

0005974-07.2015.4.03.6100

(2015.61.00.005974-6)

Parte Autora: IVANISE DA SILVA

Parte Ré: CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA DA 5ª REGIÃO
- CRTR/SP

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE

Classe do Processo: REOMS 359917

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/04/2017

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CURSO DE TÉCNICO EM RADIOLOGIA REALIZADO CONCOMITANTEMENTE COM O ENSINO MÉDIO. INSCRIÇÃO NO CONSELHO PROFISSIONAL. POSSIBILIDADE. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.

- Aduz a impetrante que concluiu o curso de Técnico em Radiologia, obtendo seu diploma em 07/02/2014, que foi validado perante os órgãos competentes. Assim, apresentou pedido de inscrição junto ao Conselho-réu, mas foi informada que não este não seria realizado, porque, no momento da matrícula no curso técnico, ela estava concluindo o ensino médio.

- A autoridade impetrada, por sua vez, informa que a inscrição dos técnicos deve respeitar o que prevê a Lei nº 7.394/85, em seu artigo 4º, § 2º: “(...) § 2º - Em nenhuma hipótese poderá ser matriculado candidato que não comprovar a conclusão de curso em nível de 2º Grau ou equivalente. (...)”.

- Por sua vez, o art. 36-C da lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, prevê que a educação profissional técnica será desenvolvida “concomitante, oferecida a quem ingresse no ensino médio ou já o esteja cursando (...)”.

- Preencheu a impetrante os requisitos previstos na legislação pertinente, razão pela qual possui direito à inscrição junto ao Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 5ª Região.

- A conduta perpetrada pela autoridade impetrada, consistente na recusa em proceder à inscrição da impetrante em seus quadros, afigura-se desarrazoada e desproporcional, acarretando indevida limitação ao exercício da profissão.

- Remessa oficial improvida.

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, 05 de abril de 2017.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

Trata-se de remessa oficial em face da r. sentença de fls. 93/96, concessiva da segurança, determinando que a autoridade impetrada proceda ao registro da impetrante como Técnica em Radiologia, confirmando a liminar anteriormente concedida.

Parecer do Ministério Público Federal pelo regular prosseguimento do feito (fls. 106/107).

Os autos subiram por força do reexame necessário a esta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

A Exma. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

Cinge-se a controvérsia em declarar o direito da impetrante ao registro como Técnica em Radiologia, junto ao Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 5ª Região.

Pois bem.

Aduz a impetrante que concluiu o curso de Técnico em Radiologia, obtendo seu diploma em 07/02/2014, que foi validado perante os órgãos competentes.

Assim, apresentou pedido de inscrição junto ao Conselho-réu, mas foi informada que esta não seria realizada, porque, no momento da matrícula no curso técnico, ela estava concluindo o ensino médio.

A autoridade impetrada, por sua vez, informa que a inscrição dos técnicos deve respeitar o que prevê a Lei nº 7.394/85, em seu artigo 4º, § 2º:

Art. 4º - As Escolas Técnicas de Radiologia só poderão ser reconhecidas se apresentarem condições de instalação satisfatórias e corpo docente de reconhecida idoneidade profissional, sob a orientação de Físico Tecnólogo, Médico Especialista e Técnico em Radiologia.

§ 1º - Os programas serão elaborados pela autoridade federal competente e válidos para todo o Território Nacional, sendo sua adoção indispensável ao reconhecimento de tais cursos.

§ 2º - *Em nenhuma hipótese poderá ser matriculado candidato que não comprovar a conclusão de curso em nível de 2º Grau ou equivalente.*

§ 3º - O ensino das disciplinas será ministrado em aulas teóricas, práticas e estágios a serem cumpridos, no último ano do currículo escolar, de acordo com a especialidade escolhida pelo aluno.

Por sua vez, o art. 36-C da lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, prevê:

Art. 36-C. A educação profissional técnica de nível médio articulada, prevista no inciso I do caput do art. 36-B desta Lei, será desenvolvida de forma: (Incluído pela Lei nº 11.741, de 2008)

I - integrada, oferecida somente a quem já tenha concluído o ensino fundamental, sendo o curso planejado de modo a conduzir o aluno à habilitação profissional técnica de nível médio, na mesma instituição de ensino, efetuando-se matrícula única para cada aluno; (Incluí-

do pela Lei nº 11.741, de 2008)

II - concomitante, oferecida a quem ingresse no ensino médio ou já o esteja cursando, efetuando-se matrículas distintas para cada curso, e podendo ocorrer: (Incluído pela Lei nº 11.741, de 2008)

a) na mesma instituição de ensino, aproveitando-se as oportunidades educacionais disponíveis; (Incluído pela Lei nº 11.741, de 2008)

b) em instituições de ensino distintas, aproveitando-se as oportunidades educacionais disponíveis; (Incluído pela Lei nº 11.741, de 2008)

c) em instituições de ensino distintas, mediante convênios de intercomplementaridade, visando ao planejamento e ao desenvolvimento de projeto pedagógico unificado. (Incluído pela Lei nº 11.741, de 2008)

Destarte, preencheu a impetrante os requisitos previstos na legislação pertinente, razão pela qual possui direito à inscrição junto ao Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 5ª Região.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CURSO DE TÉCNICO EM RADIOLOGIA REALIZADO CONCOMITANTE MENTE COM O ENSINO MÉDIO. INSCRIÇÃO NO CONSELHO PROFISSIONAL. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A Lei 7.394/85 estabelece no seu artigo 2º que uma das condições para o exercício da profissão de Técnico em Radiologia é ser portador de certificado de conclusão de ensino médio, não fazendo nenhuma restrição acerca de eventual realização simultânea do ensino médio com o ensino profissional. Além disso, a Lei de Diretrizes e Base da educação (Lei nº 9.394/96, com a nova redação dada pela Lei 11.741/2008), deixou claro em seu artigo 36-C, inc. II, que a educação profissional técnica será desenvolvida “concomitante, oferecida a quem ingresse no ensino médio ou já o esteja cursando (...)”.

2. A formação do impetrante atende as formalidades legais, não podendo ser indeferida sua inscrição, atento ao princípio da razoabilidade e da norma expressa.

3. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, improvidas.

(TRF 3ª Região, AMS 347157, PROC: 00117967920124036100, Rel. Des. Federal MARCELO SARAIVA, QUARTA TURMA TURMA, Julg.: 03/12/2015, v.u., e-DJF3 Judicial 1 DATA: 16/12/2015 .FONTE_REPUBLICACAO)

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA. CURSO TÉCNICO E ENSINO MÉDIO. CONCLUSÃO CONCOMITANTE. INSCRIÇÃO NO CONSELHO. POSSIBILIDADE.

1. As condições para o exercício da profissão de Técnico em Radiologia são a apresentação de certificado de conclusão do ensino médio e diploma de habilitação profissional obtido em Escola Técnica de Radiologia, com o mínimo de 3 (três) anos de duração, devidamente registrado em órgão federal. Art. 2º da Lei nº 7.394/85.

2. A documentação juntada demonstrou que a apelada concluiu o curso técnico concomitante ao ensino médio, porquanto ambos os históricos escolares atestam a conclusão no ano de 2006.

3. O Conselho Regional de Técnicos em Radiologia exorbitou a matéria estabelecida pela Lei 7.394/85, regulamentadora da profissão, tendo em vista, não haver qualquer exigência de início do curso técnico somente após a conclusão do ensino médio. 4. Apelação e remessa oficial improvidas.

(TRF 3ª Região, AMS 312326, PROC: 00020867420084036100, Rel. Des. Federal CONSUELO YOSHIDA, SEXTA TURMA, Julg.: 24/04/2014, v.u., e-DJF3 Judicial 1 DATA: 09/05/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:)

Igualmente, a jurisprudência do C. STJ já firmou entendimento no sentido de que a realização concomitante do ensino médio e do curso técnico em radiologia não constitui óbice para a inscrição do profissional habilitado junto ao Conselho Regional de Técnicos em Radiologia:

ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. TÉCNICO EM RADIOLOGIA. CURSO TÉCNICO REALIZADO CONCOMITANTE MENTE COM O ENSINO MÉDIO. INSCRIÇÃO NO CONSELHO PROFISSIONAL. POSSIBILIDADE.

1. O Decreto nº 5.154/04, regulamentando os dispositivos referentes à educação profissional previstos na Lei nº 9.394/96, determinou que a atividade técnica será desenvolvida de forma articulada com o ensino médio, articulação esta que se dará de forma integrada, concomitante ou subsequente.
2. O art. 2º da Lei 7.394/1985 impõe o porte do certificado de conclusão do ensino médio para o exercício da profissão de Técnico em Radiologia, de modo que nenhuma restrição traz quanto à realização concomitante do ensino médio e do ensino profissionalizante.
3. A propósito, a Lei nº 9.394/96, com a inclusão do seu art. 36-C, inc. II, por meio da Lei nº 11.741, de 16 de julho de 2008, a fim de solapar qualquer dúvida a respeito da questão, passou a prever expressamente que a educação profissional técnica de nível médio poderá ser oferecida a quem ingresse no ensino médio ou já o esteja cursando.
4. Não seria demais consignar que não parece razoável exigir que o recorrido realize novamente o Curso Técnico para obter a inscrição junto ao Conselho Profissional em tela, tendo em vista a própria escola técnica ter aceito a matrícula daquele, que já concluiu ambos os cursos e, portanto, satisfaz os requisitos exigidos à obtenção do registro. Até porque, as circunstâncias presentes na hipótese geram a presunção de que o recorrido está tecnicamente habilitado a exercer regularmente a profissão.
5. Precedente: REsp 1244114/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 05/05/2011.
6. Recurso especial não provido.
(REsp 1402731/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 15/10/2013)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CURSO DE TÉCNICO EM RADIOLOGIA REALIZADO CONCOMITANTE MENTE COM O ENSINO MÉDIO. INSCRIÇÃO NO CONSELHO PROFISSIONAL. POSSIBILIDADE.

1. É possível a obtenção de registro profissional de Técnico em Radiologia na respectiva entidade de classe, não obstante tenha cursado concomitante mente o ensino médio e o profissionalizante. Precedentes: REsp 1.244.114/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 5/5/2011; REsp 1.402.731/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15/10/2013.
2. Aplicabilidade da Súmula 83 do STJ, segundo a qual “não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.
3. Recurso especial a que se nega provimento.
(REsp 1215486/DF, Rel. Min. OG FERNANDES, Segunda Turma, DJe 02/05/2014)

A conduta perpetrada pela autoridade impetrada, consistente na recusa em proceder à inscrição da impetrante em seus quadros, afigura-se desarrazoada e desproporcional, acarretando indevida limitação ao exercício da profissão.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial, nos termos da fundamentação supra.

É o meu voto.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

Direito Ambiental



APELAÇÃO CÍVEL
0002508-37.2013.4.03.6112
(2013.61.12.002508-1)

Apelantes: OSMAR JOSÉ FORNACIARI E OUTROS
Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Classe do Processo: AC 2113262
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/04/2017

EMENTA

APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. INTERVENÇÃO EM APP NA APA DAS ILHAS E VÁRZEAS DO RIO PARANÁ. MATÉRIA PRELIMINAR AFASTADA. PRECLUSÃO. OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*. RANCHO DE PESCA DERIVADO DE LOTEAMENTO CLANDESTINO. INSERÇÃO EM ÁREA URBANA CONSOLIDADA NÃO COMPROVADA. NECESSIDADE DE DEMOLIÇÃO DAS EDIFICAÇÕES PARA REGENERAÇÃO DA VEGETAÇÃO NATURAL, COMPROVADAMENTE RECUPERÁVEL. INDENIZAÇÃO AFASTADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Apelação interposta pelos réus, ocupantes do lote 43A da Estrada do Pontalzinho, no bairro Entre Rios, em Rosana/SP, conhecido como Rancho dos Tucanos, contra sentença de procedência em ação civil pública objetivando a reparação de dano ambiental, por intervenção desautorizada em Área de Preservação Permanente (APP) na Área de Preservação Ambiental (APA) das Ilhas e Várzeas do Rio Paraná.

2. O pedido de denunciação da lide aos antigos possuidores do Rancho dos Tucanos e ao Município de Rosana/SP já foi refutado em primeiro grau de jurisdição, constituindo matéria preclusa, vez que a defesa não se insurgiu contra a decisão. Ademais, os deveres associados à APP têm natureza *propter rem*, aderindo ao título de domínio ou posse (STJ - REsp 1622512/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 11/10/2016; REsp 1307026/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 17/11/2015; AgRg no REsp 1367968/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 12/03/2014); e o poder público não pode ser considerado o responsável direto pela degradação ambiental objeto desses autos, lembrando que as edificações foram realizadas à revelia das autoridades locais, sem qualquer licença ou aprovação.

3. A preliminar de cerceamento de defesa por ausência de perícia técnica também configura matéria preclusa. A defesa não se insurgiu contra a decisão que dispensou a realização de prova pericial, a qual sequer havia apresentado quesitos ou indicado assistente técnico, embora tenha sido devidamente intimada para tanto.

4. Constatado que o Rancho dos Tucanos, com de 1.810,60 metros quadrados, deriva de loteamento clandestino, é utilizado para lazer (rancho de pesca), está parcialmente recoberto de gramínea e exemplares arbóreos exóticos, contem edificações, rampa de acesso ao Rio Paraná e um poço de água comum.

5. Inexiste no processo qualquer documentação certificadora de que o bairro Entre Rios em Rosana/SP constitui área urbana consolidada passível de regularização fundiária, nos termos dos artigos 64 e 65 da Lei nº 12.651/2012.

6. O Rancho dos Tucanos, na verdade, está totalmente inserido na APP do Rio Paraná, que segundo o artigo 4º, I, e, da Lei nº 12.651/2012 é de 500 metros, em local periodicamente inundado - o que caracteriza área de risco, de modo que as intervenções antrópicas obviamente provocam dano ambiental, especialmente no que diz respeito à regeneração da Mata Atlântica, que é o bioma natural das APA das Ilhas e Várzeas do Rio Paraná, e à manutenção do ecossistema equilibrado.

7. Mantida a condenação dos réus, dentre outras obrigações, à demolição das edificações existentes no Rancho dos Tucanos na faixa marginal de 500 metros do Rio Paraná, à remoção do entulho e à promoção da recomposição da cobertura florestal. Como exposto no Relatório Técnico de Vistoria realizado pela Coordenadoria de Biodiversidade e Recursos Naturais/Secretaria do Estado do Meio Ambiente, a área onde se encontra Rancho dos Tucanos é propícia à recuperação ambiental, por possuir alto potencial de regeneração natural da vegetação, motivo pela qual devem ser retiradas as construções e intervenções negativas e adotadas técnicas de enriquecimento e/ou adensamento com a inserção de mudas de essências nativas.

8. Por outro lado, sendo o dano ambiental comprovadamente recuperável e as despesas atinentes à execução dessa tarefa - que incluem a desocupação da área, a demolição das edificações, a remoção do entulho, a elaboração, implantação e acompanhamento de projeto técnico de reflorestamento - estão a encargo dos réus, em prazos preestabelecidos, sob a pena de recolhimento em conta judicial do valor necessário apurado em liquidação e de multa diária em caso de descumprimento, fica acolhido o pedido da defesa para afastar o pagamento de indenização. Precedente do STJ (*AgRg no Ag 1365693/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, DJe 10/10/2016; AgRg no REsp 1154986/MG, Rel. Ministra DIVA MALERBI (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, DJe 12/02/2016; AgRg no AREsp 628.911/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, DJe 01/07/2015; REsp 1382999/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 18/09/2014*), e também desse TRF3 (*AC 0007272-67.2011.4.03.6102, Rel. Desembargador Federal CARLOS MUTA, Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 26/08/2016; AC 0001849-96.2011.4.03.6112, Rel. Juiz Convocado MIGUEL DI PIERRO, Sexta Turma, e-DJF3 Judicial 1 04/12/2015; AC 0010148-85.2008.4.03.6106, Rel. Desembargador Federal MAIRAN MAIA, Sexta Turma, e-DJF3 Judicial 1 04/09/2015*).

9. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *rejeitar a matéria preliminar e, no mérito, dar parcial provimento à APELAÇÃO para afastar a indenização pelos danos ambientais causados*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de março de 2017.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Trata-se de APELAÇÃO interposta por OSMAR JOSÉ FORNACIARI, ODÉCIO ANTÔNIO FORNACIARI, DIVALDO MIGUEL PIVARO, MILTON MARTINS, MÁRCIO LEITE DE MORAES e EDUARDO HENRIQUE SANTOS DE OLIVEIRA contra a *sentença de procedência* da AÇÃO CIVIL PÚBLICA, com pedido liminar, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, objetivando a reparação de dano ambiental.

Consoante a inicial e documentação anexa, os réus ocupam de forma desautorizada o lote 43A da Estrada do Pontalzinho, no bairro Entre Rios, em Rosana/SP, conhecido como Rancho dos Tucanos, com 1.810,60 metros quadrados, totalmente situado em Área de Preservação Permanente (APP) na Área de Preservação Ambiental (APA) das Ilhas e Várzeas do Rio Paraná. Deu-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (fls. 2/47, 19/anexo).

Em 25/3/2013 o feito foi distribuído a 5ª Vara Federal de Presidente Prudente/SP (fls. 48).

Em 1/4/2103 foi concedida a tutela antecipada, com cominação de multa diária de R\$ 100,00 em caso de descumprimento (fls. 50/51).

A UNIÃO FEDERAL e o INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE (ICMBIO) foram incluídos no polo ativo, na posição de litisconsortes (fls. 65, 230).

Em 14/7/2015 foi proferida a *sentença de procedência*, nos seguintes termos:

... JULGO PROCEDENTE O PEDIDO vertido na inicial para o fim de condenar os Réus a: a) obrigação de não fazer, consistente em abster-se de utilizar ou explorar as áreas de várzea e preservação permanente do imóvel e/ou inseridas nos limites da APA das Ilhas e Várzeas do Rio Paraná (500 m), do imóvel denominado “Rancho dos Tucanos”, localizado no bairro Entre Rios, Estrada do Pontalzinho, Município de Rosana, SP, bem como em abster-se de promover ou permitir a supressão de qualquer tipo de cobertura vegetal do referido imóvel, sem a necessária e indispensável autorização do órgão competente - CBRN, IBAMA ou ICMBio; b) obrigação de fazer consistente em demolir todas as construções existentes nos limites das áreas de várzea, preservação permanente e/ou inseridas nos limites da APA das Ilhas e Várzeas do Rio Paraná do referido lote (500 metros), e não previamente autorizadas pelos órgãos ambientais, providenciando, ainda, a retirada de todo entulho para local aprovado pelo órgão ambiental, no prazo de 30 (trinta) dias; c) obrigação de fazer consistente em recompor a cobertura florestal nas áreas de várzea e preservação permanente nos limites da APA das Ilhas e Várzeas do Rio Paraná do referido lote, no prazo de 06 (seis) meses, pelo plantio racional e tecnicamente orientado de espécies nativas e endêmicas da região, com acompanhamento e tratos culturais, pelo período mínimo de 03 (três) anos, em conformidade com projeto técnico a ser submetido e aprovado pela CBRN, marcando-se prazo para apresentação de projeto junto àquele órgão não superior a 30 (trinta) dias; d) recolher, em conta judicial, quantia suficiente para a execução das referidas restaurações, a ser apurada em liquidação, caso não o façam nos prazos fixados em sentença; e) pagamento de indenização, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por ano, a contar do ajuizamento da presente demanda, correspondente aos danos ambientais causados, em razão de se ter impedido a regeneração da vegetação no local da edificação, corrigida monetariamente, a ser recolhida ao Fundo Federal de Reparação de Interesses Difusos Lesados; f) pagamento de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), a ser recolhida ao Fundo Federal de Reparação dos Interesses Difusos Lesados, em caráter cominatório, em caso de descumprimento total e parcial de qualquer das obrigações de fazer e não fazer,

acima discriminadas, após o trânsito em julgado da presente sentença.

Incabível a condenação em honorários de sucumbência, consoante pacífica jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça (STJ; AgRg-REsp 1.458.383; Proc. 2014/0135889-0; RJ; Primeira Turma; Rel. Min. Sérgio Kukina; DJE 03/10/2014; STJ; REsp 1.329.607; Proc. 2012/0126334-9; RS; Primeira Turma; Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; DJE 02/09/2014).

Ratifico a liminar deferida.

Oportunamente, providencie a Secretaria a remessa dos autos ao SEDI para reinclusão da União no polo ativo desta ação, na condição de assistente litisconsorcial ...

(239/254)

Nas razões de APELAÇÃO requer-se preliminarmente (1) a denunciação da lide aos antigos proprietários do imóvel, responsáveis pelas edificações existentes, e do Município de Rosana/SP, que nunca se opôs à ocupação do local em questão; (2) a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, especialmente pela não realização de perícia técnica. No mérito, alega-se que (3) a demolição das edificações é desnecessária, pois se cuida de região com ocupação antrópica consolidada; (4) a indenização pelos danos ambientais causados configura *bis in idem*, haja vista a condenação às obrigações de fazer e não fazer também impostas na sentença (fls. 260/277).

Após o recebimento da APELAÇÃO, a Secretaria do Meio Ambiente/ Coordenadoria de Fiscalização Ambiental/ Centro Técnico Regional de Fiscalização V encaminhou a o Relatório Técnico de Vistoria nº 96/2015, realizado no imóvel em 17/8/2015 (fls. 281/287).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e a UNIÃO FEDERAL, nas contrarrazões, pugnam pelo desprovimento do recurso (fls. 289/315, 317/321).

Em 12/11/2015 o feito foi distribuído nessa Corte, a minha relatoria.

A PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA, no parecer, opinou pelo desprovimento da apelação (fls. 326/336).

A legislação processual aplicável à espécie é a encerrada no Código de Processo Civil/1973. É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

I. DA MATÉRIA PRELIMINAR

Da denunciação da lide

O pedido de denunciação da lide aos antigos possuidores do Rancho dos Tucanos e ao Município de Rosana/SP já foi refutado em primeiro grau de jurisdição, constituindo *matéria preclusa*, vez que a defesa não se insurgiu oportunamente contra a decisão disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça em 22/5/2015 (fls. 230, 231).

Não obstante, anoto que os deveres associados à Área de Preservação Permanente (APP) têm natureza *propter rem*, aderindo ao título de domínio ou posse. Nesse sentido é a jurisprudência consolidada do STJ:

AMBIENTAL. DANO AO MEIO AMBIENTE. ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. RESERVA LEGAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELO DANO AMBIENTAL. OBRIGA-

ÇÃO PROPTER REM. SÚMULA 83/STJ. FUNDAMENTO AUTÔNOMO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 283/SF.

1. A Caixa Econômica Federal sustenta que “as construções questionadas pelo Ministério Público como causadoras de danos ambientais não foram realizadas pela Caixa Econômica Federal, mas sim por terceiros que ocuparam a área muito antes da área ser transformada em uma APA- Área de Proteção Ambiental”. *O STJ possui entendimento pacífico de que a responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade, como obrigação propter rem, sendo possível cobrar também do atual proprietário condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários antigos.* Incidência Súmula 83/STJ.

2. Já quanto à responsabilização do IBAMA/ICM-BIO, a Corte de origem entendeu que “o art. 1º da Lei 11.516/2007, que dispõe sobre a criação do referido Instituto, expressamente prevê sua atribuição no dever de adotar providências no sentido de coibir a prática de danos ambientais, bem como de executar ações de conservação e proteção da área, *in verbis*: (...) Ainda, a Lei 6.938/1981 consagra em seu art. 2º, ser a recuperação das áreas degradadas um dos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente” (fl. 449, e-STJ).

3. Dessa maneira, como a fundamentação supra é apta, por si só, para manter o decisum combatido e não houve contraposição recursal sobre a aplicação do art. 2º da Lei 6.938/1981, aplica-se na espécie, por analogia, o óbice da Súmula 283/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.”

4. Recursos Especiais não conhecidos.

(STJ - REsp 1622512/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 11/10/2016)

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. INTERESSE SOCIAL. REFORMA AGRÁRIA. JUROS COMPENSATÓRIOS. IMÓVEL IMPRODUTIVO. INCIDÊNCIA. JUROS COMPENSATÓRIOS E MORATÓRIOS. SÚMULA 102/STJ. IMÓVEL EXPROPRIADO. DIVERGÊNCIA. ÁREA REGISTRADA E ÁREA MEDIDA. RETENÇÃO. DIFERENÇA. PASSIVO AMBIENTAL. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. DEDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. CABIMENTO.

...

6. *A jurisprudência do STJ está firmada, pelo menos desde 2002, no sentido de que a recuperação da Área de Preservação Permanente e da Reserva Legal, assim como outras incumbências incidentes sobre o imóvel e decorrentes da função ecológica da propriedade, constitui obrigação propter rem; portanto, parte inseparável do título imobiliário, inexistindo, no ordenamento jurídico brasileiro, direito adquirido a degradar ou poluir, ou a desmatamento realizado.* Precedentes: REsp 1.251.697/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17.4.2012; EDcl nos EDcl no Ag 1.323.337/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 1º.12.2011; EDcl no Ag 1.224.056/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6.8.2010; REsp 1.247.140/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 1º.12.2011; EREsp 218.781/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 23.2.2012; AgRg no REsp 1.367.968/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 12.3.2014; AgRg no AREsp 327.687/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26.8.2013; AgRg no REsp 1.137.478/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 21.10.2011; REsp 1.240.122/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11.9.2012; REsp 343.741/PR, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 7.10.2002; REsp 843.036/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 9.11.2006; REsp 926.750/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 4.10.2007; REsp 1.179.316/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 29.6.2010; AgRg nos EDcl no REsp 1.203.101/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 18.2.2011; AgRg no REsp 1.206.484/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.3.2011. Sendo assim, nada mais justo do que realizar o desconto decorrente de passivos ambientais do valor da indenização.

7. Recurso Especial parcialmente provido.

(STJ - REsp 1307026/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 17/11/2015).

AMBIENTAL. PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO INEXISTENTE. INSTITUIÇÃO DE ÁREA DE RESERVA LEGAL. OBRIGAÇÃO *PROPTER REM* E *EX LEGE*. SÚMULA 83/STJ. APLICAÇÃO DO ART. 68 DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL. IMPOSSIBILIDADE. DESRESPEITO AOS PERCENTUAIS EXIGIDOS PARA A ÁREA DE RESERVA LEGAL. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DEVER DE AVERBAÇÃO DA RESERVA LEGAL. IMPOSIÇÃO. PROVAS SUFICIENTES. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. PREJUDICADA A ANÁLISE DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. *A jurisprudência desta Corte está firmada no sentido de que os deveres associados às APPs e à Reserva Legal têm natureza de obrigação propter rem, isto é, aderem ao título de domínio ou posse, independente do fato de ter sido ou não o proprietário o autor da degradação ambiental. Casos em que não há falar em culpa ou nexó causal como determinantes do dever de recuperar a área de preservação permanente.*

3. Este Tribunal tem entendido que a obrigação de demarcar, averbar e restaurar a área de reserva legal nas propriedades rurais configura dever jurídico (obrigação *ex lege*) que se transfere automaticamente com a mudança do domínio, podendo, em consequência, ser imediatamente exigível do proprietário atual.

...

Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no REsp 1367968/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 12/03/2014)

Em relação à ausência de fiscalização por parte municipalidade, como bem observado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL nas contrarrazões, embora o poder público seja bastante omissivo nesse ponto, não pode ser considerado o responsável direto pela degradação ambiental objeto desses autos, lembrando que as edificações foram realizadas à revelia das autoridades locais, sem qualquer licença ou aprovação (fls. 289/315).

Do cerceamento de defesa

A preliminar de cerceamento de defesa por ausência de perícia técnica também configura *matéria preclusa* e deve ser afastada.

No decorrer da instrução processual o julgamento foi convertido em diligência para a realização da perícia, determinando-se a intimação das partes para indicação de assistente técnico e apresentação de quesitos no prazo de 5 dias, com fulcro no artigo 421, §1º, do Código de Processo Civil/1973. Essa decisão foi disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça em 13/3/2014 (fls. 166/167, 167/v).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL informou que não apresentaria quesitos e nem indicaria assistente técnico; a UNIÃO FEDERAL apresentou quesitos; a defesa dos réus não se manifestou a respeito (fls. 168, 170/171).

A Secretaria do Meio Ambiente/Coordenadoria de Fiscalização Ambiental/Centro Técnico Regional de Fiscalização V, devidamente intimada em 15/9/2014 para a realização da perícia técnica, em petição protocolizada em 13/1/2015 requereu prazo suplementar de 120 (fls. 174/175, 213).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL manifestou-se pela não prorrogação do prazo e pelo prosseguimento do feito (fls. 215/216).

O Juízo *a quo* reconsiderou a conversão do julgamento em diligência para a realização da perícia, conforme decisão disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça em 22/5/2015, e a parte ré deixou de se manifestar a respeito mais uma vez (fls. 230, 231).

Assim, constitui matéria preclusa a preliminar de cerceamento de defesa por ausência de perícia técnica, na medida em que a defesa dos réus não se insurgiu contra a decisão que dispensou a realização de prova pericial, a qual sequer havia apresentado quesitos ou indicado assistente técnico, embora tenha sido devidamente intimada para tanto.

Acrescente-se que a presente ação civil pública está fartamente instruída pelo inquérito civil público instaurado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, que reúne o Inquérito Policial lavrado pela Delegacia de Polícia Federal em Presidente Prudente/SP, onde foram tomadas as declarações dos atuais ocupantes do imóvel, ora réus; o Boletim de Ocorrência Ambiental/ Termo Circunstanciado lavrado pela Polícia Militar do Estado de São Paulo; o Auto de Infração Ambiental/ Termo de Advertência lavrado pela Coordenadoria de Biodiversidade e Recursos Naturais/ Polícia Ambiental do Estado de São Paulo; o Laudo de Perícia Criminal Federal (Meio Ambiente) realizado pelo Núcleo de Criminalística da Polícia Federal; o Relatório Técnico de Vistoria realizado pela Coordenadoria de Biodiversidade e Recursos Naturais/ Secretaria do Estado do Meio Ambiente (fls. 75/91, 94/95, 96/98, 100/115, 130/161, 162/179/anexo).

Ademais, após a prolação da sentença, a Secretaria do Meio Ambiente/ Coordenadoria de Fiscalização Ambiental/Centro Técnico Regional de Fiscalização V apresentou o Relatório Técnico de Vistoria nº 96/2015, realizada em 17/8/2015, respondendo os quesitos outrora postos pelo Juízo de primeiro grau e pela UNIÃO FEDERAL (fls. 281/287).

Embora esse documento seja absolutamente extemporâneo, interessante notar que as suas conclusões não diferem das contidas nos documentos reunidos no inquérito civil público, reforçando a assertiva do Juízo *a quo* de que prova pericial é dispensável na espécie.

II. DO MÉRITO

Cuida-se de ação civil pública objetivando a reparação de dano ambiental em APP, definida no artigo 3º, II, da Lei nº 12.651/2012, que compila o novo Código Florestal, como a área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

Ainda conforme a Lei nº 12.651/2012, no seu artigo 4º, considera-se APP, em zonas rurais ou urbanas, as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente; o entorno dos lagos, lagoas, reservatórios d'água artificiais, nascentes e olhos d'água; as encostas; as restingas; os manguezais; as bordas dos tabuleiros ou chapadas; o topo de morros, montes, montanhas e serras; as veredas.

O caso dos autos diz respeito à APP na faixa marginal esquerda do Rio Paraná, em Rosana/SP, inserida na Área de Preservação Ambiental (APA) das Ilhas e Várzeas do Rio Paraná, especificamente no bairro Entre Rios, no município de Rosana/SP, onde OSMAR JOSÉ FORNACIARI, ODÉCIO ANTÔNIO FORNACIARI, DIVALDO MIGUEL PIVARO, MILTON MARTINS, MÁRCIO LEITE DE MORAES e EDUARDO HENRIQUE SANTOS DE OLIVEIRA, desde 11/7/2008 detém a posse do imóvel denominado Rancho dos Tucanos, com 1.810,60 metros quadrados, sendo 365,03 metros quadrados de área construída, consoante a medição realizada pela prefeitura local (fls. 19, 86/87/anexo).

De acordo com a documentação anexada aos autos, trata-se de imóvel que deriva de *loteamento clandestino*, utilizado para lazer (rancho de pesca), parcialmente recoberto de graminha e exemplares arbóreos exóticos, contendo edificações, rampa de acesso ao Rio Paraná e um poço de água comum. Como o bairro Entre Rios não possui rede de água e esgoto, a maioria das ocupações ali existentes descarta os efluentes domésticos diretamente no rio ou faz uso de fossa negra, o que aparenta ser o caso do Rancho dos Tucanos. Em relação ao lixo doméstico, os autos não informam a existência de coleta. Sabe-se apenas que o bairro Entre Rios possui uma única via não pavimentada, a Estrada do Pontalzinho, e rede de energia elétrica (fls. 15/19, 130/179/anexo).

Nesse ponto deve-se esclarecer que inexistente no processo qualquer documentação certificadora de que o bairro Entre Rios em Rosana/SP constitui área urbana consolidada passível de regularização fundiária, nos termos dos artigos 64 e 65 da Lei nº 12.651/2012, modificados pela Medida Provisória nº 759/2016 - *verbis*:

Art. 64. Na regularização fundiária de interesse social dos núcleos urbanos informais inseridos em área urbana de ocupação consolidada e que ocupam Áreas de Preservação Permanente, a regularização ambiental será admitida por meio da aprovação do projeto de regularização fundiária, na forma da Lei específica de Regularização Fundiária Urbana. (Redação dada pela Medida Provisória nº 759, de 2016)

...

Art. 65. Na regularização fundiária de interesse específico dos núcleos urbanos informais inseridos em área urbana consolidada e que ocupem Áreas de Preservação Permanente não identificadas como áreas de risco, a regularização ambiental será admitida por meio da aprovação do projeto de regularização fundiária, na forma da lei específica de regularização fundiária urbana. (Redação dada pela Medida Provisória nº 759, de 2016)

...

O Rancho dos Tucanos, na verdade, está *totalmente inserido na APP do Rio Paraná*, que segundo o artigo 4º, I, e, da Lei nº 12.651/2012 é de 500 metros, *em local periodicamente inundado - o que caracteriza área de risco*, de modo que as intervenções antrópicas acima descritas obviamente provocam dano ambiental, especialmente no que diz respeito à regeneração da Mata Atlântica, que é o bioma natural das APA das Ilhas e Várzeas do Rio Paraná, e à manutenção do ecossistema equilibrado. Decerto, a presença humana em APP implica o agravamento do processo erosivo na margem do rio e o seu assoreamento, a alteração das condições climáticas, a diminuição da biodiversidade e a contaminação do solo e da água, inclusive a subterrânea (fls. 130/179/anexo).

Assim, não merece reparo a condenação os réus, dentre outras obrigações, à demolição das edificações existentes no Rancho dos Tucanos na faixa marginal de 500 metros do Rio Paraná, à remoção do entulho e à promoção da recomposição da cobertura florestal (239/254).

Como exposto no Relatório Técnico de Vistoria realizado pela Coordenadoria de Biodiversidade e Recursos Naturais/Secretaria do Estado do Meio Ambiente, *a área onde se encontra Rancho dos Tucanos é propícia à recuperação ambiental, por possuir alto potencial de regeneração natural da vegetação*, motivo pela qual devem ser retiradas as construções e intervenções negativas e adotadas técnicas de enriquecimento e/ou adensamento com a inserção de mudas de essências nativas (fls. 162/179/anexo).

Por outro lado, *sendo o dano ambiental comprovadamente recuperável* e as despesas atinentes à execução dessa tarefa - que incluem a desocupação da área, a demolição das edifi-

cações, a remoção do entulho, a elaboração, implantação e acompanhamento de projeto técnico de reflorestamento - estão a encargo dos réus, em prazos preestabelecidos, sob pena de recolhimento em conta judicial do valor necessário apurado em liquidação e de multa diária de R\$ 500,00 em caso de descumprimento; *acolho o pedido da defesa para afastar o pagamento de indenização*, no valor de R\$ 5.000,00 por ano, a contar do ajuizamento da presente ação civil pública, corrigida monetariamente e recolhida ao Fundo Federal de Reparação de Interesses Difusos Lesados, com base no entendimento jurisprudencial firmado pelo STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA. INDENIZAÇÃO INCABÍVEL. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. *A jurisprudência desta Corte entende que, em se tratando de dano ambiental, é possível a cumulação da indenização com obrigação de fazer, sendo que tal cumulação não é obrigatória, e relaciona-se com a impossibilidade de recuperação total da área degradada.*

2. Na espécie, o acórdão recorrido consignou que seria possível a recuperação do ecossistema agredido, pelo que inaplicável a indenização pleiteada. Assim, para rever tal conclusão, necessário o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é vedado em Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

3. Agravo Regimental do Ministério Público Federal desprovido.

(STJ - AgRg no Ag 1365693/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 10/10/2016)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO TOTAL DA ÁREA DEGRADADA. PEDIDO INDENIZATÓRIO INDEFERIDO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

...

2. *Este STJ entende que, em casos de danos ambientais, é perfeitamente possível a cumulação de indenização com obrigação de fazer. Tal cumulação não é obrigatória, e relaciona-se com a impossibilidade de recuperação total da área degradada.*

3. Uma vez entendido pelo Tribunal de origem que o referido dano pode ser integralmente reparado, a revisão dessas premissas fáticas de julgamento esbarra no óbice disposto na Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - AgRg no REsp 1154986/MG, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 12/02/2016)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTO GENÉRICO. SÚMULA 284/STF. CUMULAÇÃO DE AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM INDENIZAÇÃO. REPARAÇÃO TOTAL DA ÁREA DEGRADADA. PEDIDO INDENIZATÓRIO INDEFERIDO. REVER POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL A QUO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

...

2. *Este STJ entende que, em casos de danos ambientais, é perfeitamente possível a cumulação de indenização em conjunto com obrigação de fazer, entretanto isso não seria obrigatório, e estaria adstrito à possibilidade ou não de recuperação total da área degradada.*

3. Uma vez entendido pelo Tribunal de origem que o referido dano pode ser integralmente reparado, a revisão dessas premissas fáticas de julgamento esbarra no óbice disposto na Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no AREsp 628.911/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 01/07/2015)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO INTEGRAL DO PRAD. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. HIPÓTESE EM QUE HOUE A REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO SEM PREJUÍZOS REMANESCENTES. CUMULAÇÃO DE AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM AÇÃO INDENIZATÓRIA. INOCORRÊNCIA DE DANO REMANESCENTE OU REFLEXO. REPARAÇÃO TOTAL DA ÁREA DEGRADADA. PEDIDO INDENIZATÓRIO INDEFERIDO. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO CONHECIDO E RECURSO ESPECIAL DO IBAMA IMPROVIDO.

1. Recursos especiais nos quais se discute se o saneamento total do dano, bem como o cumprimento integral do Plano de Recuperação da Área Degradada - PRAD, ilidem a necessidade de indenização.

2. No caso dos autos, o Tribunal de origem indeferiu o pedido de indenização, por entender que a área em questão já havia sido completamente restaurada, nos termos do PRAD, não havendo existência de outros prejuízos.

3. *O Superior Tribunal de Justiça tem externado o entendimento de que as ações de obrigação de fazer podem ser cumuladas com as indenizatórias; e que nem sempre a recomposição da área degradada ou o saneamento do dano provocado ilide a necessidade de indenização. Todavia, esse entendimento não implica a conclusão de que, sempre, será devida a indenização, pois, quando é possível a completa restauração, sem que se verifique ter havido dano remanescente ou reflexo, não há falar em indenização.* (REsp 1198727/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 09/05/2013).

4. Além do mais, concluir de forma diferente do que foi decidido pelo Tribunal de origem, com relação à indenização, demandaria a incursão em matéria fático-probatória, o que não é permitido, por óbice da Súmula 7 do STJ.

5. Por fim, no que tange à alegação de dissídio jurisprudencial, cabe à parte que a alega a comprovação da similitude fático-jurídica, bem como o cotejo analítico entre os acórdãos confrontados. No caso, o recorrente além de limitar-se à transcrição das ementas, não demonstrou as circunstâncias que identificam ou assemelham os julgados divergentes.

Recurso especial do Ministério Público não conhecido e recurso especial do IBAMA improvido. (STJ - REsp 1382999/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 18/09/2014)

No mesmo são os seguintes julgados desse TRF:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. CÓDIGO FLORESTAL VIGENTE À ÉPOCA DA DEGRADAÇÃO. LEI 4.771/1965. RECUPERAÇÃO INTEGRAL. DANO MORAL COLETIVO. INEXISTENTE.

...

4. *No tocante aos embargos de declaração do IBAMA, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que a cumulação de indenização com obrigação de fazer não é obrigatória, e relaciona-se com a impossibilidade de recuperação total da área degradada. No caso, a perícia técnica concluiu pela possibilidade da recuperação ambiental, tendo sido o réu condenado na imposição de obrigação de fazer, cujas despesas correrão sob sua responsabilidade (demolição, retirada do entulho, elaboração e execução de projeto de recuperação ambiental), privilegiando-se o cunho reparatório da sanção aplicada pela degradação ambiental, não restando, assim, espaço para a fixação de indenização, mesmo, porque, ausente comprovação do suposto dano moral coletivo, não se cogitando, assim, da violação aos artigos*

225 da CF, e 3º, *caput*, da Lei 7.347/1985.

5. Aclaratórios acolhidos, sem efeitos infringentes, exclusivamente para acréscimo de fundamentação, mantido o julgamento anterior.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2133746 - 0007272-67.2011.4.03.6102, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 18/08/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/08/2016)

CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. AMBIENTAL. REMESSA OFICIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. VÁRZEA. DANO AMBIENTAL. EDIFICAÇÃO. DEMOLIÇÃO. REMOÇÃO DE ENTULHOS. OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*. RECOMPOSIÇÃO DA COBERTURA VEGETAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

...

7. A possibilidade de cumulação da indenização pecuniária com a reparação do dano por meio de obrigação de fazer só se justifica quando inexistente possibilidade de integral reabilitação do meio ambiente.

8. No caso concreto, o dano ambiental foi quantificado pela Secretaria Estadual do Meio Ambiente em R\$ 156,47, dada a pequena área do lote, correspondente a 0,0432 hectares, havendo plena possibilidade de recuperação da área por meio do plantio de mudas nativas da região.

9. Inaplicável o disposto no art. 1.219, do Código Civil, que prevê ao possuidor de boa-fé a justa indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis, uma vez que as próprias edificações e benfeitorias são objeto do ilícito, cujo entulho deverá ser encaminhado a local previamente aprovado pelo órgão ambiental, não fazendo sentido falar-se, destarte, em indenização em tais casos.

10. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, tendo em vista o que dispõe o art. 18, da Lei nº 7.347/93 e conforme precedentes do E. STJ e desta C. Corte.

11. Apelações e remessa oficial, tida por interposta, improvidas.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1732245 - 0001849-96.2011.4.03.6112, Rel. JUIZ CONVOCADO MIGUEL DI PIERRO, julgado em 26/11/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2015)

AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - MATA CILIAR - CONSTRUÇÕES - FAIXA MARGINAL LIMÍTROFE - 200 METROS - DANO AMBIENTAL - CONFIGURAÇÃO - ART. 2º, "A", 4, LEI 4.771/65 - INCIDÊNCIA - OBRIGAÇÃO *PROPTER REM* - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - INDENIZAÇÃO - NÃO CABIMENTO.

...

7. O dever de preservação constitui obrigação *propter rem*. O réu não pode eximir-se de responsabilidade (que, *in casu*, é objetiva) pela recuperação ambiental ao fundamento de já ter encontrado a área degradada. Precedentes do STJ: RESP 948.921/SP; RESP 1107219/SP; RESP 1264250/MG.

8. Incabível a indenização se possível a reparação integral dos prejuízos ambientais verificados.

9. Rejeição da alegação de perda superveniente de interesse processual, formulada em petição protocolada após a inclusão do feito em pauta, pois: "... como deixa claro o novo Código Florestal (ar. 59), o legislador não anistiou geral e irrestritamente as infrações ou extinguiu a ilicitude de condutas anteriores a 22 de julho de 2008, de modo a implicar perda superveniente de interesse de agir. Ao contrário, a recuperação do meio ambiente degradado nas chamadas áreas rurais consolidadas continua de rigor, agora por meio de procedimento administrativo, no âmbito de Programa de Regularização Ambiental - PRA, após a inscrição do imóvel no Cadastro Ambiental Rural - CAR (§ 2º) e a assinatura de Termo de Compromisso (TC), valendo este como título extrajudicial (§ 3º). Apenas a partir daí 'serão suspensas' as sanções aplicadas ou aplicáveis (§ 5º, grifo acrescentado). Com o cumprimento das obrigações previstas no PRA

ou no TC, ‘as multas (e só elas)’ ‘serão consideradas convertidas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente.’” (REsp 1240122, Rel Min. HERMAN BENJAMIN, DJ 19/12/2012).

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1742082 - 0010148-85.2008.4.03.6106, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, julgado em 27/08/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/09/2015)

Por todo o exposto, *voto para rejeitar a matéria preliminar e, no mérito, dar parcial provimento à APELAÇÃO para afastar a indenização pelos danos ambientais causados.*

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

Direito Civil



APELAÇÃO CÍVEL
0010267-98.2007.4.03.6100
(2007.61.00.010267-9)

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelados: NOVA PLASTIC SÃO PAULO EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA. E
NEWTON MARTINS DINIZ
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY
Classe do Processo: AC 1570739
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/04/2017

EMENTA

DIREITO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO BANCÁRIO. REVISÃO GERAL DO CONTRATO. FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO AVALISTA APÓS SUA SAÍDA DA SOCIEDADE. MAJORAÇÃO DAS VERBAS SUCUMBENCIAIS.

1. Relativamente aos contratos, uma vez convencionados os direitos e obrigações, ficam as partes ligadas pelo vínculo da vontade que as uniu. Este é o princípio da Força Obrigatória dos Contratos. Portanto, inexistindo nulidades, ilegalidades ou vício de vontade, as cláusulas impugnadas remanesçam válidas.
2. É bem verdade que, tendo o sócio da empresa devedora assinado o contrato de abertura de crédito na condição de avalista da pessoa jurídica da qual era sócio, obriga-se ao pagamento da dívida solidariamente com os demais devedores. Assim ocorre mesmo quando o sócio avalista se retira formalmente da empresa, sendo irrelevante para a validade de tal contrato perquirir se o avalista/fiador mantém vinculação com o devedor principal, pois a obrigação se estabelece entre o garantidor e a instituição financeira, não sendo oponível a esse negócio jurídico uma alteração em contrato social na qual os novos sócios eximem os retirantes de qualquer responsabilidade por obrigações da empresa. Em casos assim, caberia ao sócio proceder à notificação do banco credor para eximir-se da obrigação assumida validamente.
3. Mas não é o caso dos autos, posto que, do exame detido do contrato juntado, constata-se que o réu participou do contrato apenas na condição de representante da empresa contratante, não havendo qualquer indicação que tenha assumido o encargo de avalista do negócio celebrado, ao contrário do que pretende fazer crer a CEF.
4. De outra parte, verifica-se que o contrato bancário tinha validade de 12 meses, devendo ser renovado mediante assinatura de termo aditivo (cláusula vigésima - fl. 14), o que, ao que consta, não existiu.
5. Quanto aos honorários advocatícios, considerando que a sentença foi proferida ainda sob a égide do CPC de 1973, entendo que a condenação deve observar o princípio da razoabilidade, bem como os contornos fáticos da demanda, não estando o magistrado adstrito aos percentuais apontados no *caput* do artigo 20 do CPC/73, podendo optar pela apreciação equitativa.
6. As verbas sucumbenciais foram moderadamente arbitradas, mostrando-se adequado o montante fixado, considerando-se, sobretudo, a baixa complexidade da matéria discutida.

7. Apelação e recurso adesivo improvidos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 04 de abril de 2017.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

Trata-se de apelação interposta pela *Caixa Econômica Federal* e Recurso Adesivo interposto pela parte ré contra a sentença que, nos autos da ação monitória que tem por objeto a cobrança de créditos oriundos do inadimplemento de contrato de crédito bancário denominado - OPERAÇÕES DE DESCONTO, julgou extinto o feito, sem julgamento do mérito, com relação ao réu Newton Martins Dinis, por sua ilegitimidade passiva, fixando em 5% os honorários sucumbenciais.

Diante da inércia da empresa ré, julgou totalmente procedente a ação monitória.

Irresignada, a CEF apela defendendo legitimidade do réu Newton Martins Dinis em razão de sua condição de avalista dos contratos.

Por sua vez, o réu Newton Martins Dinis apela adesivamente, pugnando pela majoração das verbas sucumbenciais para 10% do valor da dívida.

Com contrarrazões, subiram os autos para o exame do recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

Força Obrigatória dos Contratos.

De qualquer forma, relativamente aos contratos, uma vez convencionados os direitos e obrigações, ficam as partes ligadas pelo vínculo da vontade que as uniu. Este é o princípio da Força Obrigatória dos Contratos - também denominado *Pacta Sunt Servanda* - segundo o qual, estipulado validamente seu conteúdo e definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm força obrigatória para os contratantes.

Uma das mais importantes consequências deste princípio é a imutabilidade ou intangibilidade das cláusulas contratuais que somente seriam passíveis de revisão no caso de estarem eivadas de nulidade ou vício de vontade.

O fato é que a parte ré, no pleno gozo de sua capacidade civil, firmou contrato de crédito

em indubitável manifestação de livre consentimento e concordância com todas as condições constantes em tal instrumento.

Portanto, inexistindo nulidades, ilegalidades ou vício de vontade, as cláusulas impugnadas remanesçam válidas.

Responsabilidade do sócio avalista.

É bem verdade que, tendo o sócio da empresa devedora assinado o contrato de abertura de crédito na condição de avalista da pessoa jurídica da qual era sócio, obriga-se ao pagamento da dívida solidariamente com os demais devedores, aplicável o enunciado da Súmula 26 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual: “O avalista do título de crédito vinculado ao contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário”.

Portanto, quando o título executado apresenta o sócio na condição de avalista da empresa, temos que a execução é contra os avalistas que assumiram responsabilidade solidária pela dívida, independente de não estar mais na empresa como sócio.

Assim ocorre mesmo quando o sócio avalista se retira formalmente da empresa, sendo irrelevante para a validade de tal contrato perquirir se o avalista/fiador mantém vinculação com o devedor principal, pois a obrigação se estabelece entre o garantidor e a instituição financeira, não sendo oponível a esse negócio jurídico uma alteração em contrato social na qual os novos sócios eximem os retirantes de qualquer responsabilidade por obrigações da empresa. Em casos assim, caberia ao sócio proceder à notificação do banco credor para eximir-se da obrigação assumida validamente.

Mas não é o caso dos autos, posto que, do exame detido do contrato juntado nas fls. 10/15, constata-se que o réu Newton Martins Dinis participou do contrato apenas na condição de representante da empresa contratante, não havendo qualquer indicação que tenha assumido o encargo de avalista do negócio celebrado, ao contrário do que pretende fazer crer a CEF.

De outra parte, verifica-se que o contrato bancário tinha validade de 12 meses, devendo ser renovado mediante assinatura de termo aditivo (cláusula vigésima - fl. 14), o que, ao que consta, também não existiu.

Portanto, considerando que o réu Newton Martins Dinis logrou êxito em comprovar que, quando da emissão das duplicatas (em 06/01/2006 - fls. 16/35), já havia formalizado sua saída da empresa (em 05/09/2005 - fls. 193/205), ratifico sua ilegitimidade passiva.

Recurso adesivo - majoração dos honorários sucumbenciais.

Quanto aos honorários advocatícios, considerando que a sentença foi proferida ainda sob a égide do CPC de 1973, entendo que a condenação deve observar o princípio da razoabilidade, bem como os contornos fáticos da demanda, não estando o magistrado adstrito aos percentuais apontados no *caput* do artigo 20 do CPC/73, podendo optar pela apreciação equitativa.

Assim, verifico que as verbas sucumbenciais foram moderadamente arbitradas, mostrando-se adequado o montante fixado, considerando-se, sobretudo, a baixa complexidade da matéria discutida.

Ante o exposto, *nego provimento à apelação e ao recurso adesivo.*

É o voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0020728-61.2009.4.03.6100
(2009.61.00.020728-0)

Apelantes: ALTER CYBER MIDIA S/C LTDA E OUTROS
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 19ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Classe do Processo: AC 1654543
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/05/2017

EMENTA

DIREITO AUTORAL. AGRAVO RETIDO. PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA DESNECESSÁRIA E MERAMENTE DE CUNHO PROTETATÓRIO. DESPROVIMENTO. APELAÇÕES CÍVEIS. EXCERTOS DE AUDIOVISUAL PUBLICADOS SEM INDICAÇÃO DE AUTORIA E COM FINS DE PROVEITO ECONÔMICO. DANOS MATERIAIS E MORAIS CARACTERIZADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA SUA FIXAÇÃO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DA UNIÃO. APELAÇÃO DA PARTE RÉ DESPROVIDA. RECURSO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Com efeito, como bem decidiu e fundamentou o MM. Juízo *a quo*, à época oportuna, a produção da prova requerida pelos réus é desnecessária e de cunho meramente protetatório. Afinal, tendo em vista o farto material documental contido nos autos - no sentido de demonstrar, cabalmente, a autoria da obra violada, por ora já incontroversa, ressalte-se - não há porque deferir a produção da prova então requerida pelos corréus, preclusa. Agravo retido conhecido e desprovido.

2. Quanto à matéria preliminar da apelação dos réus, vislumbra-se a comprovação do reconhecimento, pelos próprios corréus, da prática de “*uso indevido das imagens*” (*sic*) de autoria de Júlio Wainer e Satie Wada de Oliveira, no filme “Paulo Freire Contemporâneo”, de modo que não há como se afastar, *in casu*, a legitimidade *ad causam* passiva dos requeridos.

3. Ainda em preliminar recursal, nos estritos termos dos artigos 11 e 13, ambos da Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais), considera-se autor aquele que trabalhou intelectualmente para a criação, elaboração e finalização da obra, devendo este ser expressamente apontado em seus créditos. Uma vez que resta plenamente comprovada a autoria da obra violada - e tal fato é pronta e claramente reconhecido pelos próprios corréus, nos estritos termos do e-mail já mencionado, acostado aos autos - cabe a Julio Wainer e Satie Wada de Oliveira a defesa, em juízo, de seus direitos, devendo, pois, estes, permanecerem, como medida de justiça, no pólo ativo do presente feito. Preliminares de apelação afastadas.

4. Quanto ao mérito dos recursos de apelação, o direito autoral é constitucionalmente protegido, a título de cláusula pétrea, por ser direito fundamental, considerado, em nosso sistema jurídico pátrio, direito da personalidade, tutelado nos artigos 11 a 21, do Código Civil brasileiro e na Lei nº 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais).

5. Não há, portanto, como se afastar que o autor detém os direitos morais e patri-

moniais sobre o que criou, inclusive por previsão legal (art. 22, da Lei de Direitos Autorais), bem como que a utilização por terceiros sem a devida autorização importa - ainda que parcial - em manifesta violação de tais direitos.

6. Ante todo o exposto até aqui, portanto, de se reconhecer a ilicitude do ato dos réus, vez que estes jamais deram o devido crédito aos autores - eis que os requeridos, ademais, declararam perante o MM. Juízo *a quo* que conferiram menção apenas ao Instituto Paulo Freire, sem relacionar os demais autores da obra.

7. Demais disso, os réus participaram de processo licitatório para produção de sua obra, em que reproduziram, sem qualquer autorização, excertos de audiovisual de autoria dos requerentes, com fins de proveito econômico, fato este que, por si mesmo, já afasta a tese de que teriam se valido do permissivo do *creative commons* - que permite, sim, a reprodução de obra alheia, desde que se faça a devida menção dos créditos autorais e com a ressalva de se dar tal ato sem qualquer fim lucrativo. Não foi o caso. Portanto, uma vez reconhecido o ato ilícito, segundo regra basilar do artigo 927, *caput*, do Código Civil.

8. No que tange ao *quantum* indenizatório, a título de danos materiais, em se considerando a extensão do ilícito, a capacidade econômica dos corréus, bem como as consequências de seus atos, e ainda em consideração às regras da razoabilidade e proporcionalidade, mantenho o valor fixado em primeira instância para fins de reparação dos danos materiais (R\$ 13.000,00), devendo, neste tópico, o apelo dos autores ser, pois, improvido.

9. A respeito dos danos morais, o autor da obra possui direitos de natureza moral - conforme já reproduzido do artigo 24 da Lei de Direitos Autorais, sendo estes, aliás, inalienáveis e irrenunciáveis (exatamente por se caracterizarem como espécie de direitos da personalidade), dentre eles o direito de paternidade da obra, garantindo ao autor o direito de ter o seu nome ou pseudônimo indicado, quando da utilização da obra de sua autoria. Precedentes do STJ e desta E. Corte Regional.

10. Assim, portanto, quanto a este tópico, de se dar provimento ao recurso da parte autora, para reformar o r. *decisum a quo*, com o fim de se fixar, em proveito daqueles, indenização a título de danos morais, a ser cumulada com aquela para reparar os danos materiais sofridos. No tocante ao *quantum* indenizatório, devem ser ponderadas as circunstâncias do fato e os prejuízos sofridos pela parte, de modo que o valor arbitrado a título de indenização não seja ínfimo, tampouco exagerado, para que seja aferido um valor razoável. Fixação no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a este título.

11. No tocante à responsabilidade civil da União, entendo que o *decisum a quo* é irreprochável, visto que o ente público apenas organizou o concurso público para a seleção da obra em homenagem ao educador Paulo Freire, não havendo qualquer nexo de causalidade ou conduta potencialmente ilícita do ente federal a ensejar a responsabilidade civil, *in casu*. Afastamento.

12. Por fim, quanto à inserção de errata, por meio de “*pop-up*” em sites oficiais, entendendo carecerem os autores de interesse processual, *in casu*, visto que os excertos da obra violada sequer chegaram a ser veiculados, de modo que não caberia correção de erro inexistente.

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 AGRAVO RETIDO DE OLHAR IMAGINÁRIO LTDA. e ANTÔNIO VENTURI NETO; conhecer de ambos os apelos, rejeitando as preliminares arguidas e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO DE OLHAR IMAGINÁRIO LTDA. e ANTÔNIO VENTURI NETO E, POR MAIORIA, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE ALTER CYBER MÍDIA S/C LTDA, JULIO WAINER e SATIE WADA DE OLIVEIRA, apenas para reformar a r. sentença de piso no que se refere à concessão de indenização, por danos morais, no montante total de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em favor dos autores; mantendo-se, no restante, por seus próprios fundamentos, a r. sentença de origem; tudo nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de abril de 2017.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Trata-se de apelações interpostas por OLHAR IMAGINÁRIO LTDA. e ANTÔNIO VENTURI NETO (CORRÉUS) E ALTER CYBER MÍDIA S/C LTDA., JULIO WAINER e SATIE WADA DE OLIVEIRA (COAUTORES) contra a r. sentença proferida em ação ordinária indenizatória, julgada parcialmente procedente, para declarar o direito dos autores à indenização por danos materiais, em decorrência de violação de direito autoral, no importe total de R\$ 13.000,00 (treze mil reais), extinguindo, pois, o feito, com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil - fls. 484/493.

Os réus interpuseram agravo retido às fls. 478/480 contra a decisão de fls. 474/477, que indeferiu prova testemunhal por eles requerida, com o suposto fim de comprovar a autoria da obra intelectual ora em questão.

Em suas razões de apelo, pugnaram os requeridos, preliminarmente, pelo conhecimento do agravo retido já mencionado, bem como protestaram pelo reconhecimento de sua ilegitimidade *ad causam* passiva e da ilegitimidade processual dos coautores Julio e Satie. No mérito, requerem a improcedência do pedido inicial, pelo reconhecimento da licitude do ato e por inexistir, segundo eles, qualquer prejuízo.

Por sua vez, os coautores, em sede recursal, requerem o aumento do *quantum* indenizatório, a título de danos materiais, bem como que sejam os réus condenados ao pagamento de indenização por danos morais. Pedem, ainda, que a União providencie a divulgação oficial dos créditos autorais, em favor dos ora apelantes.

Com contrarrazões de apelação e contraminuta de agravo retido, subiram os autos a este E. Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Do agravo retido dos réus.

Inicialmente, preenchido o requisito previsto no art. 523, *caput*, do Código de Processo Civil de 1973, conheço do agravo retido interposto às fls. 478/480, passando, pois, à sua análise.

No mérito, *o agravo retido deve ser desprovido.*

Com efeito, como bem decidiu e fundamentou o MM. Juízo *a quo*, à época oportuna, a produção da prova requerida pelos réus é desnecessária e de cunho meramente protelatório. Afinal, tendo em vista o farto material documental contido nos autos - no sentido de demonstrar, cabalmente, a autoria da obra violada, por ora já incontroversa, ressalte-se - não há porque deferir a produção da prova então requerida pelos corréus, preclusa.

Isto posto, *nego provimento ao agravo retido*, passando, então, à análise das apelações.

Das apelações.

Do apelo dos réus.

Da preliminar de ilegitimidade passiva dos requeridos.

Não há necessidade de maiores delongas para fundamentar o afastamento desta preliminar recursal, visto que é manifesta a confissão dos réus, nos autos, quando do oferecimento de proposta de supressão das imagens violadas, aos autores - o que fora realmente feito, diga-se, até mesmo antes da prolação da r. sentença de primeiro grau.

Também, do conteúdo do e-mail enviado pelo apelante *ANTONIO VENTURI NETO*, em 06.11.2009 (fl. 101), vislumbra-se a comprovação do reconhecimento, pelos próprios corréus, da prática de “uso indevido das imagens” (*sic*) de autoria de Júlio Wainer e Satie Wada de Oliveira, no filme “Paulo Freire Contemporâneo”, de modo que não há como se afastar, *in casu*, a legitimidade *ad causam* passiva dos requeridos.

Também resta ponderar que, da simples leitura da peça recursal, percebe-se que a autoria do ato supostamente ilícito de violação dos direitos autorais jamais fora questionada. O que os réus contestam, pois, é apenas se houve ilicitude do mesmo. A autoria, assim, é, mais uma vez, incontroversa e confessada, de modo a não se falar, por derradeiro, em exclusão dos réus do pólo passivo da demanda.

Rejeito.

Da preliminar de ilegitimidade ativa dos coautores Julio Wainer e Satie Wada de Oliveira.

Tampouco há de prosperar tal alegação. Nos estritos termos dos artigos 11 e 13, ambos da Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais), considera-se autor aquele que trabalhou intelectualmente para a criação, elaboração e finalização da obra, devendo este ser expressamente apontado em seus créditos. Uma vez que resta plenamente comprovada a autoria da obra violada - e tal fato é pronta e claramente reconhecido pelos próprios corréus, nos estritos termos do e-mail já mencionado, acostado à fl. 101 dos autos - cabe a Julio Wainer e Satie Wada de Oliveira a defesa, em juízo, de seus direitos, devendo, pois, estes, permanecerem, como medida de justiça, no pólo ativo do presente feito.

Afasto.

Passo, assim, ao exame do mérito recursal da apelação dos réus.

Do mérito recursal, propriamente dito.

Estando a autoria do ato de violação de direito autoral plenamente comprovada nos autos e inexoravelmente confessada pelos réus, em seu próprio desfavor, limita-se o mérito desta apelação a perquirir sobre a verificação de sua licitude (ou ilicitude), bem como quanto à existência de efetivo prejuízo material sofrido pelos autores da presente ação.

Como tais questões controvertidas se misturam e se implicam com o mérito da apelação da parte autora, passo a analisa-las todas em conjunto, no tópico a seguir, desde já salientando que *a apelação dos réus deve ser improvida.*

Da apelação dos autores.

Dos danos materiais e morais. Da ilicitude do ato dos corréus. Da indenização. Do quantum debeatur.

O direito autoral é constitucionalmente protegido, a título de cláusula pétrea, por ser direito fundamental. É o que declara o artigo 5º da Carta Política, *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:

[...]

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

O direito de autor, ainda, é considerado, em nosso sistema jurídico pátrio, *direito da personalidade*, tutelado nos artigos 11 a 21, do Código Civil brasileiro, sendo que o artigo 12, *caput*, do referido *Codex* determina, *verbis*:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

A Lei 9.610/98, por sua vez, prevê expressamente:

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral;

II - a edição;

III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

IV - a tradução para qualquer idioma;

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou pro-

dução para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

a) representação, recitação ou declamação;

b) execução musical;

c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;

d) radiodifusão sonora ou televisiva;

e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;

f) sonorização ambiental;

g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;

h) emprego de satélites artificiais;

i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;

j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;

IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;

X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

Tratando-se, portanto, de reprodução parcial de obra intelectual audiovisual, a questão central desloca-se para a verificação da existência de lesão, por parte dos corréus, de direitos sobre a obra produzida pelos demandantes.

Não há como se afastar que o autor detém os direitos morais e patrimoniais sobre o que criou, inclusive por previsão legal (art. 22, da Lei de Direitos Autorais), bem como que a utilização por terceiros sem a devida autorização importa - ainda que parcial - em manifesta violação de tais direitos.

E a Lei 9.610/98 prescreve:

Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

[...]

Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

Ante todo o exposto até aqui, portanto, de se reconhecer, por ora, a ilicitude do ato dos réus, vez que estes jamais deram o devido crédito aos autores - eis que os requeridos, ademais, declararam perante o MM. Juízo *a quo* que conferiram menção apenas ao Instituto Paulo Freire, sem relacionar os demais autores da obra.

Demais disso, os réus participaram de processo licitatório para produção de sua obra, em que *reproduziram, sem qualquer autorização, excertos de audiovisual de autoria dos requerentes, com fins de proveito econômico*, fato este que, por si mesmo, já afasta a tese de que teriam se valido do permissivo do *creative commons* - que permite, sim, a reprodução de obra alheia, desde que se faça a devida menção dos créditos autorais e com a ressalva de se dar tal ato sem qualquer fim lucrativo. Não foi o caso.

Portanto, uma vez reconhecido o ato ilícito, segundo regra basilar do artigo 927, *caput*, do Código Civil, *verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Nesta senda, como bem destacou o MM. Juízo de origem, caracterizado o dano material, *in casu*. Por último, volto a frisar que os próprios demandados reconheceram a existência do mesmo, ao proporem, em e-mail, aos autores, a soma de R\$ 13.000,00 (treze mil reais), a título de recomposição, pelos danos materiais sofridos.

No que tange ao *quantum* indenizatório, a título de danos materiais, em se considerando a extensão do ilícito, a capacidade econômica dos corréus, bem como as consequências de seus atos, e ainda em consideração às regras da razoabilidade e proporcionalidade, mantenho o valor fixado em primeira instância para fins de reparação dos danos materiais, devendo, neste tópico, o apelo dos autores ser, pois, improvido.

A respeito dos danos morais, o autor da obra possui direitos de natureza moral - conforme já reproduzido do artigo 24 da Lei de Direitos Autorais, sendo estes, aliás, inalienáveis e irrenunciáveis (exatamente por se caracterizarem como espécie de direitos da personalidade), dentre eles o direito de paternidade da obra, garantindo ao autor o direito de ter o seu nome ou pseudônimo indicado, quando da utilização da obra de sua autoria.

Ante o depreendido dos autos, restou constatado que os réus se utilizaram da obra sem a cabível autorização, com fins econômicos, não fazendo menção aos créditos, suprimindo direito de nomeação, inerente aos autores. Uma vez, portanto, violado o direito da personalidade - de natureza moral - de menção da paternidade de obra audiovisual - configurado o dano moral. Passível, portanto, de indenização.

Não é outro o entendimento desta E. Corte, conforme se passa a destacar, *verbis*:

O autor de obra literária é titular de direitos morais e de direitos patrimoniais sobre o trabalho intelectual por ele produzido. Os direitos patrimoniais compreendem os poderes de usar, fruir e dispor de sua obra, bem como de autorizar sua utilização ou fruição por terceiros no todo ou em parte. Os direitos morais do autor, enumerados no art. 24 da Lei 9.610, de 1998, são inalienáveis e irrenunciáveis. (AC 0007766-64.1999.4.03.6000/MS. Rel. Des. NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA. Data de Publicação: D.E. 19/10/2010 - destaquei).

Nessa esteira de entendimento, também colaciono pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. *RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DIREITO AUTORAL. DANO MORAL. NEXO CAUSAL CONFIGURADO. AGÊNCIA DE PUBLICIDADE. PÓLO PASSIVO. EXCLUSÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO. SÚMULA Nº 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. IDENTIDADE FÁTICA. DIVERSA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. DIREITO AUTORAL.*

(1031240 RS 2008/0065336-4, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 20/11/2008, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/12/2008 - g.n.).

DIREITO AUTORAL. *OBRA FOTOGRÁFICAS PUBLICADAS SEM INDICAÇÃO DE AUTORIA. DANO MORAL. EXTENSÃO DO CONSENTIMENTO DO AUTOR DA OBRA. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07. 1.DIREITO AUTORAL. (...)*

3. A dúvida quanto aos limites da cessão de direitos autorais milita sempre em favor do autor, cedente, e não em favor do cessionário, por força do art. 49, inciso VI, da Lei nº 9.610 de 1998.

4. *A simples circunstância de as fotografias terem sido publicadas sem a indicação de auto-*

ria - como restou incontroverso nos autos - é o bastante para render ensejo à reprimenda indenizatória por danos morais.

5. O valor da condenação por danos morais (R\$ 15.000,00) deve ser mantido, uma vez não se distanciar dos parâmetros praticados por esta Corte.

6. Recurso especial não conhecido.

(750822 RS 2005/0080987-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 09/02/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/03/2010 - g.n.).

Assim, portanto, quanto a este tópico, de se dar provimento ao recurso da parte autora, para reformar o r. *decisum a quo*, com o fim de se fixar, em proveito daqueles, indenização a título de danos morais, a ser cumulada com aquela para reparar os danos materiais sofridos.

No tocante ao *quantum* indenizatório, devem ser ponderadas as circunstâncias do fato e os prejuízos sofridos pela parte, de modo que o valor arbitrado a título de indenização não seja ínfimo, tampouco exagerado, para que seja aferido um valor razoável.

Além disso, a indenização por dano moral tem caráter dúplice, com finalidade tanto punitiva ao ofensor quanto compensatória às vítimas da lesão, sendo que o valor arbitrado deve desestimular a utilização indevida e compensar a humilhação sofrida, sem acarretar o enriquecimento sem causa da parte prejudicada.

Desta forma, o valor da reparação monetária, a título de danos morais, in casu, deve ser estabelecido no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), considerando o valor do gravame e o tempo durante o qual os autores sofreram os efeitos da utilização indevida de sua obra.

Da não responsabilidade civil da União, in casu.

Tal pedido dos autores, ora apelantes, não merece prosperar.

No tocante à responsabilidade civil da União, entendo que o *decisum a quo* é irreprochável, visto que o ente público apenas organizou o concurso público para a seleção da obra em homenagem ao educador Paulo Freire, não havendo qualquer nexo de causalidade ou conduta potencialmente ilícita do ente federal a ensejar a responsabilidade civil, *in casu*.

Como bem salientado na r. sentença monocrática, à fl. 492, *verbis*: “A conduta da União não se subsume ao previsto no artigo 104 da Lei 9.610/98. O concurso público não teve finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem.” (negritei).

Assim, em não havendo violação ilícita a direito autoral, por parte da União Federal ou de qualquer de seus órgãos, não há que se falar em responsabilidade civil da pessoa jurídica de Direito Público. Nego provimento a tal pedido recursal.

Por fim, quanto à inserção de errata, por meio de “*pop-up*” em sites oficiais, entendo carecerem os autores de interesse processual, *in casu*, visto que os excertos da obra violada sequer chegaram a ser veiculados, de modo que não caberia correção de erro inexistente.

Isto posto, *no mérito, nego provimento à apelação dos réus e dou parcial provimento à apelação dos autores, apenas para reformar a r. sentença de primeiro grau no que se refere à concessão, em favor dos autores, de indenização, por danos morais, no montante ora arbitrado de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)*. Mantido, no mais, o r. *decisum a quo*.

Dispositivo.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO DE OLHAR IMAGINÁRIO LTDA. e ANTÔNIO VENTURI NETO; *conheço de ambos os apelos, rejeitando as pre-*

liminares arguidas e, no mérito, NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO DE OLHAR IMAGINÁRIO LTDA. e ANTÔNIO VENTURI NETO E DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE ALTER CYBER MÍDIA S/C LTDA, JULIO WAINER e SATIE WADA DE OLIVEIRA, apenas para reformar a r. sentença de piso no que se refere à concessão de indenização, por danos morais, no montante total de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em favor dos autores; mantendo-se, no restante, por seus próprios fundamentos, a r. sentença de origem; tudo nos termos deste voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO:

Trata-se de apelações interpostas por Olhar Imaginário LTDA. e Antônio Venturi Neto (corrêus) e Alter Cyber Mídia S/C LTDA., Julio Wainer e Satie Wada de Oliveira (coautores) em face da r. sentença de fls. 484/493 que julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar os primeiros no pagamento de indenização por danos materiais, em decorrência de violação de direito autoral, no importe de R\$ 13.000,00 (treze mil reais), bem como os coautores, ora apelantes, em honorários advocatícios arbitrados no percentual de 10% do valor dado à causa.

Os réus interpuseram agravo retido às fls. 478/480 contra a decisão que indeferiu prova testemunhal por eles requerida (fls. 474/477).

Em suas razões de apelo, pugnaram os corrêus, preliminarmente, pelo conhecimento do agravo retido, bem como reconhecimento de sua ilegitimidade *ad causam* passiva e da ilegitimidade processual dos coautores “Julio” e “Satie”. No mérito, requerem a improcedência do pedido inicial, pelo reconhecimento da licitude do ato e por inexistir, segundo eles, qualquer prejuízo.

Por sua vez, os coautores, em sede recursal, requerem o aumento do *quantum* indenizatório, a título de danos materiais, bem como que sejam os réus condenados ao pagamento de indenização por danos morais. Pedem, ainda, que a União providencie a divulgação oficial dos créditos autorais, em favor dos ora apelantes.

Com contrarrazões de apelação e contraminuta de agravo retido, subiram os autos a este E. Tribunal.

Em sessão de julgamento realizada em 24/10/16, o e. relator Des. Fed. Paulo Fontes negou provimento ao agravo retido e apelação interpostos por Olhar Imaginário LTDA. e Antônio Venturi Neto e deu parcial provimento ao apelo de Alter Cyber Mídia S/C LTDA., Julio Wainer e Satie Wada de Oliveira para condenar os corrêus no pagamento de indenização por danos morais que foram arbitrados no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no que foi acompanhado, em antecipação de voto, pelo e. Des. Fed. André Nekatschalow.

Pedi vista dos autos para melhor reflexão sobre o processo, especialmente quanto ao direito à indenização por danos morais.

É o relatório.

De fato, pleiteiam os autores desta demanda a condenação em indenização por danos morais, a qual decorre diretamente da violação de direito de igual natureza, expressamente previsto no artigo 24, da Lei nº 9.610/98, que prevê:

Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

[...]

A responsabilidade civil encontra previsão legal nos artigos 186 e 927, do Código Civil, segundo os quais aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem comete ato ilícito, ficando obrigado a repará-lo.

A obrigação de reparar o dano, em linhas gerais, caracterizados o dano e a ação ou omissão voluntária, decorre da comprovação do nexo de causalidade entre um e outro elemento.

Tais condições estão na base da estrutura da responsabilidade civil e delas depende a fixação da obrigação de indenizar, seja no âmbito patrimonial, seja no aspecto do dano moral.

No caso dos autos, ficou demonstrada a violação a direito reconhecido na Lei nº 9.610/98, por ação praticada pelos corréus, bem como o vínculo causal entre um e outro, daí porque inafastável a fixação de indenização para reparar danos materiais causados à parte autora.

Igual sorte não socorre a alegada caracterização de dano moral, a qual, como é cediço, deve observar a mesma base estrutural da responsabilidade, isto é: conduta, dano e nexo de causalidade, condições que não estão aqui perfeitamente delineadas, já que a lesão ao direito moral não ficou demonstrada.

A norma de regência dos direitos autorais, como se viu, assegura especialmente ao seu titular o direito de reivindicar a autoria, bem como de ver sua nomeação indicada sempre que sua obra for objeto de uso e divulgação. A natureza moral desta garantia não se discute, já que inserida no bojo dos direitos da personalidade (art. 5º, XXVII, da Constituição Federal), tampouco o direito à reparação civil no caso de abuso ou violação causador de dano.

A ocorrência do dano moral a este direito, contudo, depende da demonstração do sofrimento emocional, psíquico e social, capaz de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo ou, ainda, aquele prejuízo ao íntimo do ofendido, já que o direito assegurado diz com a esfera da personalidade.

Por tal razão, meros aborrecimentos, dissabores ou transtorno corriqueiro estão fora do referido conceito, na medida em que o dano moral resulta do prejuízo decorrente da dor e/ou constrangimento impingidos a uma pessoa; dano causador de ofensa significativa aos sentimentos, honra e dignidade e que provoquem mágoa e atribulações na esfera interna do indivíduo ou, ainda, exposição à situação vexatória ou ridícula perante o meio social.

Tal comprovação é difícil e exige prova consistente, porque ainda que se prove a conduta ensejadora de lesão ao direito, é necessário que o julgador afira se esta foi causadora deste abalo interno, que não equivale ao mero incômodo.

Daí que embora comprovada a indevida utilização e adulteração de obra intelectual, protegida por direito autoral, não ficou demonstrado o dano à sensibilidade, honra ou dignidade apto a propiciar a reparação também no campo moral da responsabilidade, prova esta que constituía ônus exclusivo da parte autora.

Ausente o dano moral a direito autoral, não há falar em fixação de indenização.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo retido e recurso de apelação interpostos por Olhar Imaginário LTDA. e Antônio Venturi Neto (acompanho o relator), bem como ao apelo de

Alter Cyber Mídia S/C LTDA. Julio Wainer e Satie Wada de Oliveira (divirjo do relator), com manutenção da íntegra da r. sentença.

É o voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO

APELAÇÃO CÍVEL
0010258-43.2010.4.03.6000
(2010.60.00.010258-5)

Apelante: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SEÇÃO MS
Apelado: PAULO RENATO DOLZAN
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Classe do Processo: AC 2202318
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/04/2017

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ANUIDADE DEVIDA À OAB. PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS. PARCELAMENTO. NOVAÇÃO NÃO CONFIGURADA. EXTINÇÃO INDEVIDA. RECURSO PROVIDO.

1. O parcelamento de anuidades devidas à OAB, no âmbito fixado por programa de recuperação de créditos, não configura novação da dívida originária, mas mero parcelamento incentivado por redução de encargos, na linha do que instituído no parcelamento de créditos tributários.
2. Ainda que se trate de dívida sem natureza tributária, a concessão de parcelamento não equivale à novação da dívida, cujos requisitos envolvem não apenas, objetivamente, contrair o devedor uma nova dívida para extinguir e substituir a anterior (artigo 360, CC), como, subjetivamente, agirem as partes com ânimo de novar, expresso ou inequívoco, ainda que tácito, sem o que, nos termos do artigo 361 do Código Civil, “a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira”, sem gerar o efeito extintivo respectivo.
3. Tal qual no âmbito tributário, o parcelamento de anuidades da OAB não configura novação da dívida originária e, assim, não gera a extinção da obrigação em razão exclusivamente da adesão ao programa de recuperação de créditos, reforçando a conclusão de que, enquanto pendente o parcelamento, a execução não pode ser extinta, mas apenas suspensa, ainda que a prescrição possa ocorrer se não for retomada, a tempo, a cobrança, após os vencimentos pactuados e a inadimplência configurada.
4. 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, 05 de abril de 2017.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Trata-se de apelação, interposta contra sentença, que decretou a extinção da *execução de título extrajudicial* (anuidade de 2009), com resolução de mérito (art. 924, III, do CPC/2015), ajuizada pela OAB, em virtude de novação.

Alegou a OAB que: (1) cabe a suspensão do processo, e não a extinção, pois, apesar de ter ocorrido parcelamento administrativo, o interesse processual da exequente persiste, haja vista que obrigação não foi integralmente satisfeita; (2) parcelamento e novação não se confundem, pois esta implica a constituição de uma obrigação nova, em substituição de outra que fica extinta, enquanto aquele pressupõe manutenção da obrigação, com alterações das condições de pagamento; e (3) não está presente a intenção de novar, um dos requisitos para que ocorra a novação.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

Os autos vieram-me conclusos e foram recebidos fisicamente no Gabinete em 22/11/2016, com inclusão em pauta para julgamento na sessão de 05/04/2017.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Senhores Desembargadores, cuidam os autos de execução de título extrajudicial, relativo a anuidades, em que a sentença, em razão da adesão do devedor ao programa de recuperação de créditos e parcelamento, instituídos pela Resolução OAB/MS 05/2016, decretou a extinção do feito, sob o entendimento de que houve novação da dívida, na forma do artigo 360, I, do Código Civil.

Ainda que as anuidades da OAB não constituam tributo, conforme assente na jurisprudência, e estejam sujeitas, pois, à legislação civil, a novação apenas pode ser reconhecida se forem cumpridos os requisitos legais específicos previstos no Código Civil para a extinção da obrigação originária.

Todavia, assente a jurisprudência no sentido de que não configura novação o mero parcelamento da dívida. A Suprema Corte, inclusive, já decidiu neste sentido (HC 102.348, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 07/06/2011). Ainda que, no âmbito de ação penal e de débito fiscal, nada obsta que se reconheça idêntica solução às anuidades da OAB.

Esta Corte já assentou o entendimento de que parcelamento fiscal não configura novação e, portanto, não autoriza extinção, mas apenas suspensão da cobrança judicial:

AC 00315050420164039999, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, e-DJF3 18/01/2017: DIREITO TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. PARCELAMENTO APÓS A PROPOSITURA DA EXECUÇÃO. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. ART. 267, VI, DO ANTIGO CPC, VIGENTE À ÉPOCA. NOVAÇÃO DE DÍVIDA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. APELAÇÃO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto pela UNIÃO em face da r. sentença de fls. 64/64-v

que, em autos de execução fiscal, julgou extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do antigo Código de Processo Civil, vigente à época da decisão, c/c o art. 156, inciso III, do Código Tributário Nacional, diante da existência de parcelamento da dívida fiscal, o que configura novação. Sem condenação em honorários advocatícios e sem reexame necessário.

2. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ, “interrompido o prazo prescricional em razão da confissão do débito e pedido de seu parcelamento, por força da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o prazo recomeça a fluir a partir da data do inadimplemento do parcelamento” (AgRg no Ag 1.382.608/SC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 9/6/11). Em outras palavras, o parcelamento suspende a exigibilidade do crédito tributário e interrompe o prazo prescricional, que volta a correr no dia em que o devedor deixa de cumprir o acordo. Sendo assim, não há que falar em ocorrência da prescrição intercorrente, tampouco em novação.

3. Conforme disposto no artigo 151, inciso VI, do Código Tributário Nacional, o parcelamento realizado após a propositura da execução fiscal suspende a exigibilidade do crédito tributário, o que não justifica a extinção da ação, dado que inadimplente o contribuinte, haverá o prosseguimento do feito. Destarte, a partir do momento em que um crédito executado é parcelado, não podem mais ser tomadas quaisquer medidas constritivas na execução fiscal, que deve permanecer suspensa até que haja a quitação de todas as parcelas ou que sobrevenha notícia do respectivo inadimplemento.

4. A adesão ao parcelamento é acompanhada de confissão da dívida, razão pela qual enseja na interrupção do prazo prescricional. O parágrafo 4º do art. 40, da Lei nº 6.830/1980, acrescentado pela Lei nº 11.051/2004, permite a decretação da prescrição intercorrente por iniciativa judicial, com a oitiva da Fazenda Pública, apenas se o prazo fluir sem qualquer suspensão ou interrupção da prescrição.

5. O crédito tributário só se extingue nas hipóteses previstas no art. 156 do CTN, em que se não insere o parcelamento da dívida, que constitui mera dilação do prazo de pagamento. Desta forma, a execução fiscal não deve ser extinta enquanto não adimplido todo o crédito representado na correspondente Certidão de Dívida Ativa (fls. 02/05). Fica, por conseguinte, suspensa a ação executiva, na dependência do cumprimento pela executada dos pagamentos pactuados junto à exequente, mantidas íntegras eventuais garantias decorrentes da execução fiscal. Devendo, inclusive, o apelado arcar com as custas processuais.

6. Apelação a qual se dá provimento.

No caso, ainda que se trate de obrigação não tributária, é possível extrair das prescrições, adotadas pela Resolução OAB/MS 05/2016 para regular o programa de recuperação de créditos, que não se autorizou novação da dívida, de sorte a contrair o devedor nova dívida para extinguir e substituir a anterior (artigo 360, I, CC), e nem houve, por parte da OAB, *animus novandi*.

Cabe anotar que, no âmbito civil, o Superior Tribunal de Justiça já firmou precedente, realçando que “o acordo extrajudicial firmado entre credor e devedor principal para mera prorrogação do pagamento da dívida não implica em novação, de sorte que a obrigação do avalista do título permanece hígida” (RESP 302.134, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ 09/06/2003).

Mesmo no caso de previsão de pagamento com desconto, não existe novação, quando o acordo vincula o devedor à dívida originária, que subsiste em caso de inadimplemento, afastando, assim, o *animus novandi*, elemento essencial à configuração da causa legal de extinção da obrigação. Sem o ânimo de novar, expresso ou inequívoco, ainda que tácito, dispõe o artigo 361 do Código Civil, que “a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira”.

São diversas as previsões normativas que evidenciam a inexistência de ânimo de novar com a adesão do inadimplente ao programa de recuperação de créditos, como revelam os artigos 2º e 5º da Resolução OAB/MS 05/2016, este último a tratar do requerimento de suspensão da execução durante a vigência do parcelamento, condicionado, pois, o pedido de extinção ao cumprimento integral e regular do acordo. Se houvesse a intenção de novar, as normas reguladoras do acordo seriam outras, expressas e inequívocas, como manda a lei, no sentido de extinguir a dívida originária a favor dos termos da nova obrigação contratada.

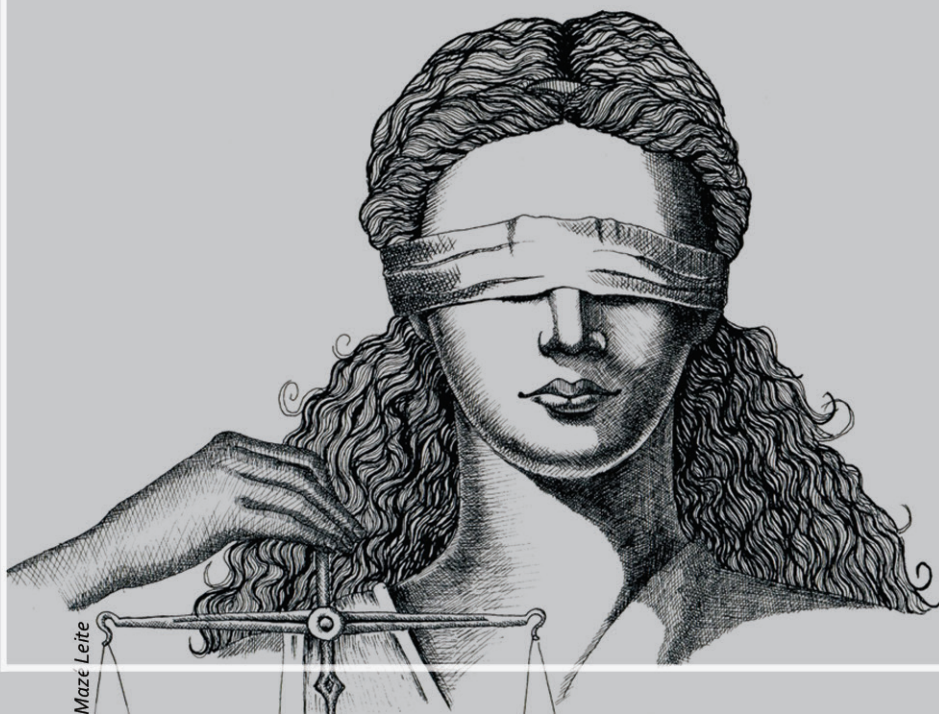
Logo, tal qual no âmbito tributário, o parcelamento de anuidades da OAB não configura novação da dívida originária e, assim, não gera a extinção da obrigação em razão exclusivamente da adesão ao programa de recuperação de créditos, reforçando a conclusão de que, enquanto pendente o parcelamento, a execução não pode ser extinta, mas apenas suspensa, ainda que a prescrição possa ocorrer se não for retomada, a tempo, a cobrança, após os vencimentos pactuados e a inadimplência configurada.

Ante o exposto, dou provimento à apelação para reformar a sentença, nos termos supracitados.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

Direito Penal



Mazé Leite

APELAÇÃO CRIMINAL
0002132-11.2005.4.03.6119
(2005.61.19.002132-8)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E JOÃO CARLOS COSTA
Apelados: OS MESMOS
Excluído: EDSON FERREIRA DE SOUZA (DESMEMBRAMENTO)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO
Classe do Processo: ACr 27319
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/05/2017

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. DECLARAÇÃO DE BAGAGEM ACOMPANHADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. REGIME INICIAL. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PARCIAL PROVIMENTO.

1. Materialidade, autoria e dolo referentes ao delito previsto no art. 299, *caput*, do Código Penal, comprovados.
2. Razões genéricas e que descrevem não mais que circunstâncias ordinárias, comuns para o tipo penal, não autorizam a exasperação da pena-base.
3. A atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência são circunstâncias igualmente preponderantes, nos termos do artigo 67 do Código Penal e se compensam.
4. Se as circunstâncias judiciais subjetivas do réu (artigo 59 do Código Penal) não forem valoradas negativamente, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser estabelecido com base na pena fixada em concreto.
5. Com fundamento no artigo 44, I e III e § 3º do Código Penal, e se constituir medida socialmente recomendável, é possível substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.
6. Recurso de defesa parcialmente 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, DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da defesa para diminuir a pena-base fixando-a no mínimo legal; para aplicar a atenuante da confissão espontânea compensando-a com a agravante da reincidência, de que resulta a *pena definitiva de 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa*; para fixar o regime aberto de cumprimento de pena e para substituir a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de abril de 2017.

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 *João Carlos Costa* em face da r. sentença de fls. 512/517, que julgou procedente a denúncia, para condená-lo a prática do delito previsto no artigo 299, *caput*, do Código Penal, fixada a pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime fechado de cumprimento de pena, e 25 (vinte e cinco) dias-multa, cada um fixado no mínimo legal de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Em suas razões recursais, a acusação requer a reforma da sentença objetivando o aumento da pena-base (fls. 527/533).

Em sua apelação, a defesa requer a reforma da sentença nos seguintes termos (fls. 571/592):

a) o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva pela pena em concreto aplicada;

b) absolvição do réu sob o fundamento de que o acusado não possuía consciência da ilicitude do fato, nos termos do artigo 21 do Código Penal e 386, VI, do Código de Processo Penal, ou subsidiariamente, a redução da pena nos termos do artigo 21 do Código Penal;

c) absolvição do réu sob o fundamento de ausência de dolo, nos termos do artigo 386, III ou VII, do Código de Processo Penal;

d) redução da pena-base;

e) incidência da atenuante da confissão espontânea;

f) a fixação do regime aberto de cumprimento de pena;

g) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos;

h) devolução da quantia apreendida com o apelante na data dos fatos.

Contrarrazões da defesa apresentadas às fls. 545/555 e da acusação às fls. 612/617.

A Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovimento da apelação (fls. 594/602-v).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Consta dos autos que *João Carlos Costa* foi denunciado pela prática do crime previsto no artigo 299, *caput*, do Código Penal, porque inseriu declaração falsa em documento público (Declaração de Bagagem Acompanhada - DBA).

Narra a denúncia, que no dia 10/05/2005, durante fiscalização realizada no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, no voo oriundo de Madrid/Espanha, agentes da Polícia Federal abordaram e procederam busca pessoal no acusado, e encontraram ocultado em suas vestimentas, o valor de \$ 9.360,00 (nove mil trezentos e sessenta euros), sem que tal informação

constasse em sua Declaração de Bagagem Acompanhada (fls. 02/04).

Após regular instrução, sobreveio sentença condenatória contra a qual a defesa e a acusação interpuseram apelações (fls. 571/592 e 527/533).

Preliminarmente, verifico que não há como admitir o pleito da defesa de reconhecimento da *prescrição da pretensão punitiva* pela pena em concreto, tendo em vista que, nos termos dos artigos 109, *caput*, e 110, § 1º, do Código Penal, a prescrição, antes do trânsito em julgado para a acusação, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, lapso temporal o qual ainda não se esgotou.

Passo a matéria devolvida.

Inicialmente, registro que a *materialidade delitiva* está demonstrada pelos seguintes elementos: a) Auto de Prisão em Flagrante (fls. 06/09); b) Auto de Apresentação e Apreensão IPL nº 21.0114.05 (fl. 10) e c) Declaração de Bagagem Acompanhada (fl. 17/17-v).

De fato, concluiu-se que o acusado, ao preencher a Declaração de Bagagem Acompanhada com a informação de que não portava valores em espécie em patamares superiores ao valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), inseriu declaração falsa em documento público, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

A autoria também é inconteste.

As testemunhas foram uníssonas em confirmar, de forma precisa e harmônica, a ocorrência dos fatos e a responsabilidade pela autoria dos mesmos, sobretudo o fato de terem encontrado o valor de \$ 9.360,00 (nove mil trezentos e sessenta euros) nas roupas íntimas e no bolso do acusado (fls. 06/09 e 114/117).

Em sede policial o réu exerceu o seu direito constitucional ao silêncio, e em juízo confirmou a prática delitiva. Disse, contudo, que não foi orientado e não tinha consciência da ilicitude da conduta, bem como que trouxe tal quantia a pedido de sua irmã, para custear tratamento de saúde de seu pai (fl. 06/09 e 61/62).

Ora, o fato de o réu ocultar tamanho numerário em suas roupas íntimas e em seu bolso demonstra a evidente intenção de burlar a lei brasileira e enganar a fiscalização. Logo, não merece guarida o pleito defensivo de absolvição do réu pela ausência de consciência da ilicitude da conduta, ou mesmo, ausência de dolo. Tal argumento torna-se ainda mais fragilizado quando se verifica que o réu não é iniciante em viagens internacionais, pois já foi a Portugal por duas vezes (fl. 61).

As circunstâncias do caso concreto indicam que o apelante possuía plena ciência de que todo viajante que ingressa no Brasil, qualquer que seja a via de transporte, e que tenha bens a declarar, obrigatoriamente deve preencher a Declaração de Bagagem Acompanhada (DBA) e apresentar-se à fiscalização aduaneira. Assim, ao inserir declaração falsa em documento público, de forma livre e consciente, perpetrou conduta típica e antijurídica, a ensejar sua condenação nas penas dos artigos 299, *caput*, do Código Penal.

Portanto, demonstradas a autoria e a materialidade delitivas, bem como dolo, a manutenção da condenação de *João Carlos Costa* pelo cometimento do crime do artigo 299, *caput*, do Código Penal é medida de rigor.

O Magistrado de primeiro grau aplicou as penas com a seguinte fundamentação:

Passando à análise da dosimetria da pena, consoante o art.59, *caput*, do Código Penal, verifico:
a) *Culpabilidade*: não resta dúvida de que a conduta do réu é reprovável, pois ao invés de utilizar-se das vias normais, na busca do ingresso de moeda estrangeira no país, preferiu à

atividade criminosa, não se podendo, assim, ser complacente, diante do bem jurídico tutelado - fé pública; b) Antecedentes: são desabonadores, mas não a considerarei nesta 1º fase, diante da reincidência a ser analisada na 2ª fase, conforme certidões acostadas às fls. 119, 125/129, 145, 160, 185, 192, 369/370; c) Conduta Social: nada de desabonador consta; d) Personalidade do agente: nada de desabonador consta; e) *Motivos determinantes: restou explicito os motivos da empreitada criminosa perpetrada pelo réu, pois, a meta optata, quando da apresentação da declaração de bagagem acompanhada - DBA, era possibilitar o ingresso da moeda estrangeira, à margem do conhecimento das autoridades alfandegárias;* f) *Circunstâncias Objetivas: a infração deu-se em 10 de maio de 2005, omitindo, em documento público (DBA), fato juridicamente relevante, declaração de bem (\$ 9.360,00 euros), após retorno do exterior;* g) *Consequências: Seu comportamento, por si só, causou perigo ao Estado, pois o perigo é abstrato. Presume o legislador o risco do dano;* h) Comportamento da vítima: Aqui não há um comportamento da vítima, propriamente dito, pois vítima é o Estado. *Com isso, fixo a pena pela prática do crime do art. 299, caput, do Código Penal, na pena-base de 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão. Embora tenha havido uma confissão qualificada, reconheço a atenuante genérica da confissão (CP, art. 65, III, "d"), mas não a conheço tendo em vista ser a agravante da reincidência (cf. certidão de objeto e pé à fl. 119) preponderante sobre aquela, a teor dos arts. 61, I c.c. o 63 e 67, todos do Código Penal (vide STJ HC 10.562-PR, 5º T., rel Gilson Dipp, 15.02.2000, DJ 20.03.2000, p. 85), por isso aumento-a em 1/3 (um terço), perfazendo 02 (dois) anos de reclusão. Não há incidência de causa de aumento ou de diminuição, razão pela qual torno a pena em definitiva em 02 (dois) anos de reclusão. Condeno-o, ainda, à pena pecuniária de 15 (quinze) dias-multa, aumentada de 10 (dez) dias pela reincidência, perfazendo 25 (vinte e cinco) dias-multa, fixando cada dia multa em 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, devendo o valor ser corrigido monetariamente a partir do trânsito em julgado da sentença. Nos termos do artigo 33, 1º, 2º e 3º, do Código Penal, por ser o réu reincidente em infração penal dolosa e da análise das circunstâncias judiciais analisada supra, o réu deverá cumprir a pena no regime fechado. Presentes os requisitos objetivos e ausentes os subjetivos dos arts. 43 e seguintes, com a redação dada pela Lei nº 9.714/98 do Código Penal, razão pela qual deixo de substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Dispositivo: Ante o exposto, tendo presentes os motivos expendidos, e o mais que dos autos consta, julgo procedente o pedido, formulados na exordial, para condenar, JOÃO CARLOS COSTA, NATURAL DE TAQUARI, RIO GRANDE DO SUL, CASADO, ADMINISTRADOR DE FAZENDA, NASCIDO AOS 20/10/1965, FILHO DE JOAQUIM MARCELINO COSTA E DE MARIA APARECIDA DE ANDRADE COSTA, RG 000705240 SSP/MS, pela prática do crime previsto no art. 299, caput, do Código Penal, à pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, conforme anteriormente mencionado, além da pena pecuniária de 25 (vinte e cinco) dias-multa, cada dia multa no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época, cujo montante deverá ser corrigido a partir do trânsito em julgado da sentença. Após o trânsito em julgado da sentença, lance-se o nome do réu João Carlos Costa no rol dos culpados e expeça-se mandado de prisão. Custas *ex lege*. Determino à Secretaria o desentranhamento dos documentos às fls. 372/375 e o encaminhamento aos autos respectivos. (grifo nosso)*

Passo à dosimetria da pena.

Na primeira fase da dosimetria, a defesa requer a diminuição da pena-base, e a acusação, por sua vez, requer o seu aumento.

Assiste razão à defesa.

Razões genéricas e que descrevem não mais que circunstâncias ordinárias, comuns para o tipo penal, não autorizam a exasperação da pena-base.

Não é possível aumentar a pena-base do delito argumentando que a *culpabilidade* do réu é elevada em virtude de ele não ter optado pelas vias normais de ingresso de moeda estrangeira. Essa condição é ínsita (própria) ao tipo penal praticado. Do mesmo modo, os *motivos*, as *circunstâncias* e as *consequências* do caso concreto não extrapolam a normalidade e são intrínsecas ao tipo penal em análise.

O *comportamento da vítima*, a *conduta social* e a *personalidade* do agente também não são aspectos desabonadores. No entanto, o réu possui *antecedentes*, que por ora não se considera, por se configurarem reincidência apta a gerar o aumento da pena na segunda fase da dosimetria.

Assim, na *primeira fase de dosimetria* da pena, fixo a pena-base no mínimo legal, o que resulta em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na *segunda fase* da dosimetria, a defesa requer a incidência da atenuante da confissão espontânea.

Com razão.

Apesar da confissão já ter sido devidamente considerada pelo juízo de primeiro grau, já que o acusado admitira tal conduta em seu interrogatório judicial (fls. 61/62), a agravante de reincidência foi considerada preponderante à referida atenuante.

De fato, nos termos do artigo 67 do Código Penal, no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes.

Ocorre que, a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência são circunstâncias igualmente preponderantes, nos termos do artigo 67 do Código Penal e se compensam, conforme entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso repetitivo (STJ, REsp nº 1.341.370, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 10/04/2013).

Desse modo, nesta *segunda fase da dosimetria*, mantenho a pena em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na *terceira fase da dosimetria*, a fixação da pena não foi objeto de recurso interposto na Superior Instância, razão pela qual *fixo a pena definitiva no mínimo legal de 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa*.

No tocante ao regime prisional, dou provimento ao recurso da defesa *para fixar o regime aberto para início de cumprimento de pena*.

A pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva, nos termos do artigo 33, § 2º, *caput*, do Código Penal.

Para a fixação do regime prisional, devem ser observados os seguintes fatores: a) modalidade de pena de privativa de liberdade, ou seja, reclusão ou detenção (art. 33, *caput*, CP); b) quantidade de pena aplicada (art. 33, § 2º, alíneas a, b e c, CP); caracterização ou não da reincidência (art. 33, § 2º, alíneas b e c, CP) e d) circunstâncias do artigo 59 do Código Penal (art. 33, § 3º, do CP).

Aqui, considerando que as circunstâncias judiciais subjetivas do réu (artigo 59 do Código Penal) não foram valoradas negativamente, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser estabelecido com base na pena fixada em concreto.

No particular, a pena concretamente aplicada (1 ano de reclusão) e as circunstâncias judiciais autorizam a fixação do regime aberto, nos termos dos artigos 33, § 2º, c, do Código Penal.

Quanto ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, assiste razão à defesa.

Com fundamento no artigo 44, I e III e § 3º do Código Penal, e por constituir medida socialmente recomendável, substituo a pena privativa de liberdade por 1 (uma) pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços comunitários a entidade assistencial a ser definida pelo Juízo da Execução.

Por fim, no que tange ao pedido da defesa de restituição de numerário, verifico que somente pode ocorrer quando não mais interessar ao processo penal e na certeza acerca da licitude e da propriedade do bem. Assim, nos termos do art. 118 do CPP, “Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo”.

Mantida, no mais, a sentença condenatória.

Ante o exposto, *DOU PARCIAL PROVIMENTO* ao recurso da defesa para diminuir a pena-base fixando-a no mínimo legal; para aplicar a atenuante da confissão espontânea compensando-a com a agravante da reincidência, *de que resulta a pena definitiva de 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa*; para fixar o regime aberto de cumprimento de pena e para substituir a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos.

É como voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0009972-02.2013.4.03.6181
(2013.61.81.009972-6)

Apelante: SANDRA VIEIRA PEREIRA
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: ACr 70363
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/04/2017

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 304 C/C 301, §1º DO CP. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. USO DE ATESTADOS FALSOS COM O INTUITO DE JUSTIFICAR AUSÊNCIAS AO TRABALHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. ACRÉSCIMO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. APELO IMPROVIDO.

No ano de 2012, a acusada fez uso perante a ECT de 10 atestados médicos falsos, supostamente emitidos pela AMA/UBS Castro Alves, para fins de abono de mais de 50 faltas ao trabalho.

A materialidade, a autoria e o dolo estão comprovados, na medida em que a apelante apresentou os atestados médicos falsificados ao seu empregador, com o intuito de abonar as faltas ao trabalho. De acordo com a Gerência da AMA Castro Alves, a réu não abriu ficha e não passou em consulta naquela Unidade de Saúde, sendo que o carimbo, a assinatura e a letra constantes dos atestados também não são autênticos. O objeto jurídico do tipo penal é a fé pública, de modo que não há como quantificar a lesão jurídica provocada pelo comportamento delituoso.

A pena de demissão imposta à acusada no âmbito administrativo não impede a responsabilização criminal pelo fato praticado, diante da independência entre as instâncias.

A fração de aumento da continuidade delitiva deve ser pautada, fundamentalmente, pelo número de crimes.

No caso concreto, a apelante praticou 10 infrações penais, estando, portanto, justificada a fração de aumento de dois terços.

Determinada a execução provisória, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 04 de abril de 2017.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Trata-se de apelação criminal interposta por SANDRA VIEIRA PEREIRA contra a sentença proferida às fls. 119/120v, que a condenou pela prática do crime previsto no artigo 304 c/c 301, §1º, ambos do Código Penal.

Narra a denúncia (fls. 23/25):

A denunciada, nos dias 21 de maio, 11, 18, 21 e 24 de junho, 02 e 23 de julho, 10 e 29 de setembro e 11 de outubro, todos no ano de 2012, fez uso de atestados médicos falsos, perante a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, no intuito de justificar sua ausência no emprego público, em um total de mais de 50 dias de trabalho.

Segundo restou apurado, nas datas supracitadas, SANDRA apresentou no CEE Itaquera, unidade em que laborava, atestados médicos supostamente emitidos por profissionais lotados na AMA Castro Alves (fls. 04, 06, 08, 10, 12, 14, 16, 18, 20 e 22 do apenso).

Indagada, a gerência do órgão emissor dos atestados afirmou que Sandra não passou em consulta na AMA Castro Alves nas datas indicadas nos atestados (fls. 02/22 do apenso). O gerente da unidade asseverou, ainda, que nenhum dos médicos que subscreveram os documentos trabalhou naquela unidade de saúde (fl. 05).

[...] Ante o exposto, o Ministério Público Federal denuncia Sandra Vieira Pereira como incurso nas penas do artigo 304 c/c artigo 301, §1º, ambos do Código Penal, em continuidade delitiva (artigo 71 do CPB) [...].

A denúncia foi recebida em 30/08/2013 (fls. 27/31).

Após regular instrução, sobreveio aos autos a sentença de fls. 119/120v, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal deduzida na denúncia para condenar a acusada Sandra Vieira Pereira como incurso no artigo 304 c/c 301, §1º, ambos do CP, em continuidade delitiva, à pena de 05 (cinco) meses de detenção, em regime aberto, substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços comunitários, na ordem de uma hora de trabalho por cada dia de condenação, observado o mínimo de 7 (sete) e o máximo de 14 (quatorze) horas semanais, bem como as condições a serem determinadas pelo Juízo da execução.

A sentença foi publicada em 03/12/2015 (fl. 121).

Inconformada, a defesa interpôs apelação criminal, à fl. 123. Em razões recursais, alega (fls. 123v/127v):

I - não ficou comprovado nos autos que a acusada falsificou os atestados médicos, além do que, não há indícios que comprovem que a apelante tinha ciência de que tais atestados eram falsos;

II - por força do princípio da fragmentariedade e da subsidiariedade do Direito Penal, a apelante deve ser absolvida nestes autos, evitando-se, assim, a punição em duplicidade, uma vez que, em razão dos mesmos fatos, a acusada já foi punida na esfera administrativa.

III - o número de infrações cometidas em continuidade delitiva é ínfimo e não enseja a majoração em patamar acima do mínimo.

Requer a absolvição por falta de provas da autoria e do dolo ou pela atipicidade material da conduta. Em caso de manutenção do édito condenatório, pleiteia a redução da fração de aumento referente à continuidade delitiva para o mínimo legal (um sexto).

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões, às fls. 129/136, manifestando-se pelo desprovimento do recurso.

Acórdão proferido pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de São Paulo, às fls. 154/156, declinando da competência em favor deste E. Tribunal.

Em 02/02/2017, os autos foram distribuídos à minha relatoria.

Em parecer, a Procuradoria Regional da República opinou pelo não provimento do recurso (fls. 167/169v).

É o relatório.

Dispensada a revisão, na forma do artigo 34, II do Regimento Interno desta Corte.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Sandra Vieira Pereira foi condenada pelo Juízo da 3ª Vara Federal de São Paulo em razão da prática do crime previsto no artigo 304 c/c 301, §1º, ambos do CP, em continuidade delitiva.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, objetivando, em síntese, a absolvição por insuficiência de provas quanto à autoria, por não restar demonstrado o dolo, ou, ainda, pela atipicidade material da conduta. Caso seja mantida a condenação, pleiteia que a causa de aumento referente à continuidade delitiva seja fixada no mínimo legal.

Dos fatos

Sandra Vieira Pereira exercia o cargo de Agente de Correios na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, lotada no Centro de Entregas de Encomendas de Itaquera.

Consta que, no ano de 2012, a acusada fez uso perante a ECT de 10 atestados médicos falsos, supostamente emitidos pela AMA/UBS Castro Alves, para fins de abono de mais de 50 faltas ao trabalho.

Em resposta à consulta encaminhada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, a gerência da AMA Castro Alves não confirmou a autenticidade daqueles atestados médicos.

Após regular tramitação do procedimento administrativo, Sandra Vieira Pereira foi demitida por justa causa, com fundamento no art. 482, "a" da CLT, em 29/04/2013.

Da materialidade

A materialidade delitiva está demonstrada através dos atestados médicos (fls. 04, 06, 08, 10, 12, 14, 16, 18, 20, 22) e documentos encaminhados pela Gerência da AMA Castro Alves, atestando que Sandra Vieira Pereira não abriu ficha e não passou em consulta naquela Unidade de Saúde, sendo que o carimbo, a assinatura e a letra constantes dos atestados também não são autênticos (fls. 03, 05, 07, 09, 11, 13, 15, 17, 19, 21).

Os documentos falsos foram emitidos nos dias 21/05/12, 11/06/12, 18/06/12, 21/06/2012, 24/06/2012, 02/07/2012, 23/07/2012, 10/09/2012, 29/09/2012 e 11/10/12 e destinavam-se a justificar a ausências ao trabalho nos dias 21/05/2012, 11/06/2012 a 22/06/2012, 24/06/2012 a 26/06/2012, 02/07/2012 a 06/07/2012, 23/07/2012 a 05/08/2012, 10/09/2012, 29/09/2012 a 17/10/2012.

Da autoria e do dolo

A acusada foi condenada pelo delito de uso de atestado materialmente falso, previsto no artigo 304 c/c 301, § 1º do CP.

A autoria é inconteste, na medida em que a apelante apresentou os atestados médicos falsificados ao seu empregador, com o intuito de abonar as faltas ao trabalho.

A prova testemunhal produzida em juízo confirma a autoria delitiva (mídia à fl. 102).

Irrelevante, pois, a alegação de que Sandra não teria sido a responsável pela falsificação dos documentos, pois, como já dito, não se imputa à ré a conduta de falsificar atestados médicos, mas, sim, de fazer uso de tais papéis.

O dolo também está devidamente demonstrado nos autos, na medida em que ao fazer uso dos atestados materialmente falsos, a ré tinha a intenção de abonar as ausências ao trabalho.

Ressalte-se que a acusada não passou em consulta médica, tampouco abriu ficha na Unidade de Saúde AMA Castro Alves, o que evidencia a ciência quanto à falsidade dos documentos.

Mantenho, portanto, a condenação de Sandra Vieira Pereira pela prática do crime definido no artigo 304 c/c 301, § 1º do CP.

Da inaplicabilidade do princípio da insignificância

O objeto jurídico do tipo penal é a fé pública, de modo que não há como quantificar a lesão jurídica provocada pelo comportamento delituoso.

Trata-se de crime de perigo abstrato, que se consuma com a simples utilização do documento falso, não tendo como pressuposto a ocorrência de prejuízo, na medida em que o risco de dano à fé pública é presumido.

Ademais, a pena de demissão imposta à acusada no âmbito administrativo não impede a responsabilização criminal pelo fato praticado, diante da independência entre as instâncias.

Assim, ante a reprovabilidade da conduta perpetrada pela denunciada, entendo inaplicável o princípio da insignificância.

Nesse sentido, trago os seguintes precedentes:

Habeas corpus. 2. Crime de falsificação de documento público (art. 311 do CPM). Atestado médico apresentado para justificar ausência ao serviço. 3. Atipicidade da conduta. Falsificação grosseira. Documento que iludiu a pessoa responsável pelo setor de recebimento de dispensas médicas. 4. *Princípio da insignificância. Não aplicação aos crimes contra a fé pública. Precedentes do STF*. 5. Ordem denegada. (g.n.)
(STF. HC 117.638, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 11/03/2014, DJe 27/03/2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. ABSOLUÇÃO SUMÁRIA. HIPÓTESES AUSENTES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. TESES DE DEFESA. INSTRUÇÃO DO FEITO. ORDEM DENEGADA. [...] 2. *Incabível discussão acerca da atipicidade material da conduta porque, nos crimes em que se tutela a fé pública, a exemplo dos imputados à paciente, impossível mensurar o dano ao bem protegido pela norma, o que afasta a aplicação do princípio da insignificância.*
(...)

(HC 0008483-09.2014.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nino Toldo, Décima Primeira Turma, j. 29/07/2014, e-DJF3 04/08/2014) g.n

PENAL - PROCESSUAL PENAL - USO DE DOCUMENTO FALSO - ARTIGO 304 DO CÓDIGO PENAL - INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO - MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS - INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - AFASTA-

MENTO DA ALEGAÇÃO DE FALSA IDENTIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA, APENAS ALTERANDO A DESTINAÇÃO DO VALOR DA PENA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. - RECURSO DESPROVIDO.

(...) 5- Da suposta aplicação do princípio da insignificância. Afasto a alegação da defesa para aplicabilidade do princípio da insignificância ao delito de falso, tendo em vista que *o bem jurídico tutelado refere-se à fé pública e independe de dano, não sendo possível quantificar o prejuízo suportado pela prática criminosa*. Ademais, o Supremo Tribunal Federal, inclusive, já fixou quatro balizas ou nortes a se fiar o julgador para, ao fim, concluir acerca da aplicação ou não do princípio da insignificância ao caso concreto. São elas: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

(...)

(ACR 0000816-65.2002.4.03.6119, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, Quinta Turma, j. 16/06/2014, e-DJF3 27/06/2014) g.n

Da dosimetria

Na primeira fase a pena-base foi fixada no mínimo legal e, na segunda etapa, não incidiram circunstâncias agravantes ou atenuantes. Não há causas de diminuição, mas, em razão da continuidade delitiva, a pena foi exasperada em 2/3 (dois terços).

Em seu apelo, a defesa pleiteia que a causa de aumento prevista no artigo 71 do CP seja fixada no mínimo legal. O pedido, contudo, não comporta acolhimento.

A fração de aumento da continuidade delitiva deve ser pautada, fundamentalmente, pelo número de crimes.

Nessa esteira:

*HABEAS CORPUS. ART. 217-A C.C. ART. 71 DO CÓDIGO PENAL E ART. 241-B DA LEI Nº 8.069/90. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. CONTINUIDADE DELITIVA. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NÃO CONHECIMENTO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. *Esta Corte sedimentou o entendimento de que na fixação do quantum de aumento de pena pela continuidade delitiva, o critério fundamental é o número de infrações praticadas*. Na espécie, tendo em vista que a reiteração delituosa perdurou por seis meses do ano de 2010, conforme confissão do próprio paciente, não tendo sido apontado um número exato de infrações, todavia sendo ressaltado pela vítima (enteado do paciente) que ocorreu por reiteradas vezes, não há qualquer impropriedade no incremento em 1/2 (metade), o qual corresponde a quatro infrações. 3. *Habeas corpus* não conhecido. (grifei)*

(STJ. HC 201401109899. Relatora Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. DJe 29/09/2014)

Na presente hipótese, a apelante praticou 10 infrações penais, estando, portanto, justificada a fração de aumento aplicada pelo magistrado.

Mantenho a pena definitivamente fixada em 5 meses de detenção.

Resta mantida a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade.

Da execução provisória

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 depois de 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 e interpostos recursos dirigidos às Cortes Superiores (Recurso Extraordinário e Recurso Especial), expeça-se Carta de Sentença, bem como comunique-se ao Juízo de Origem para o início da execução da pena imposta à ré, sendo dispensadas tais providências em caso de trânsito em julgado, hipótese em que terá início a execução definitiva da pena.

Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento à apelação interposta por Sandra Vieira Pereira.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

0001476-17.2015.4.03.6115

(2015.61.15.001476-8)

Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA

Recorridos: CORIOLANO MORATO FERRAZ MEIRELLES E VIRGÍNIA PEREIRA LOPES MEIRELLES PARTEL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO CARLOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO

Classe do Processo: RSE 7759

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/04/2017

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DECLARAÇÃO RETIFICADORA. AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SÚMULA VINCULANTE Nº 24. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A tipicidade da conduta relativa ao crime previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/1990 está condicionada ao lançamento definitivo do crédito tributário, o que só ocorre com o exaurimento da fase administrativa, nos termos da Súmula Vinculante nº 24.
2. Assim, antes da conclusão do processo administrativo fiscal e do consequente lançamento definitivo do tributo não há dívida tributária a embasar denúncia, faltando justa causa para a ação penal (CPP, art. 395, III).
3. A apresentação da declaração retificadora, por certo, só pode ter ocorrido antes da constituição definitiva do crédito tributário. Isso é assim, pois se o lançamento já se encontrasse pronto e acabado, nos termos do art. 145 do Código Tributário Nacional, não carecendo de nenhum outro ato para produzir seu efeito constitutivo do crédito fiscal, não poderia ser modificado por simples entrega de declaração pelo contribuinte.
4. Ante a ausência de constituição definitiva do crédito tributário por ocasião da entrega da declaração retificadora pelo contribuinte, não há materialidade delitiva, e, por conseguinte, justa causa para a ação penal.
5. Recurso em sentido estrito desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO ao recurso em sentido estrito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de março de 2017.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal em face da sentença proferida pela 1ª Vara Federal de São Carlos/SP que, com fundamento no art. 395, III, do Código de Processo Penal, rejeitou a denúncia na qual foi imputada aos recorridos CORIOLANO MORATO FERRAZ MEIRELLES e VIRGÍNIA PEREIRA LOPES MEIRELLES PARTEL a prática do crime capitulado no art. 1º, I, da Lei 8.137/1990, c.c. o art. 29 do Código Penal.

Narra a denúncia (fls. 98/102):

Consta do incluso inquérito policial que CORIOLANO MORATO FERRAZ MEIRELLES e VIRGÍNIA PEREIRA LOPES MEIRELLES PARTEL, na condição de representantes legais e administradores da pessoa jurídica “CAMARGO ARTES GRÁFICAS LTDA.” (CNPJ nº 59.596.262/0001-03), reduziram R\$ 97.051,36 (noventa e sete mil, cinquenta e um reais e trinta e seis centavos) de Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou relativas a Títulos e Valores Mobiliários - IOF, mediante artifício fraudulento consistente em apresentar Declaração Simplificada de Pessoa Jurídica - 2006 (ano-calendário 2005) informando a inatividade da empresa (fl. 85 do apenso I, volume 1) e omitindo, assim, a existência de movimentação financeira do estabelecimento, bem como de contrato mútuo entre a pessoa jurídica e seu sócio-gerente CORIOLANO MORATO FERRAZ MEIRELLES.

Conforme apurado, a pessoa jurídica “CAMARGO ARTES GRÁFICAS LTDA.”, a partir de procedimento fiscalizatório iniciado aos 15/08/2008, fora intimada a apresentar documentos à Autoridade Fazendária, vez que se detectara que, não obstante a empresa tivesse entregue, aos 16/03/2006, Declaração Simplificada de Pessoa Jurídica - 2006 (ano-calendário 2005) como estando inativa, havia recebido, naquele ano-calendário, a importância de R\$ 3.150.000,00 (três milhões, cento e cinquenta mil reais).

Em referida fiscalização, a auditoria constatou, por intermédio de exames dos livros contábeis da empresa (Livros Diário e Razão - fl. 140 do apenso I, volume I), que a pessoa jurídica realizara, aos 13/12/2005, contrato de mútuo com CORIOLANO MORATO FERRAZ MEIRELLES, no valor de R\$ 2.288.030,00 (dois milhões, duzentos e oitenta e oito mil e trinta reais), mas não recolhera o respectivo Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou relativas a Títulos e Valores Mobiliários - IOF.

Com efeito, diante da existência de contrato de mútuo entre a pessoa jurídica e o sócio CORIOLANO, empresa teria que recolher o respectivo IOF, com alíquota de 0,0041% ao dia, até o 3º dia da semana subsequente à da ocorrência do fato gerador, que se deu aos 13/12/2005, data da concessão do mútuo (art. 13 da Lei 9.779/99).

Iniciada a ação fiscal, a empresa contribuinte apresentou, aos 06/05/2008, DIRPJ 2006 (ano-calendário 2005) retificadora, na qual efetuou a destempo a inserção do valor de R\$ 2.288.030,00 (dois milhões, duzentos e oitenta e oito mil e trinta reais) em vários campos da Declaração, dentre eles o de lucro e prejuízos acumulados.

A auditoria fiscal, ao final dos trabalhos, lavrou o Auto de Infração e os Demonstrativos de Apuração e Consolidado de Crédito Tributário (fls. 116/23 do apenso I, volume 1), lançando de ofício o crédito tributário de IOF, nos valores abaixo discriminados:

CRÉDITO TRIBUTÁRIO	VALORES (R\$)
IOF (PRINCIPAL)	34.320,45
JUROS DE MORA	11.250,24
MULTA	51.480,67
TOTAL	97.051,36

Encerrada a ação fiscal, após a utilização, pelos denunciados, dos meios e recursos cabíveis

para impugnação do lançamento fiscal, operou-se a constituição definitiva do crédito tributário (precisamente em 19/03/2013) ao final inscrito em dívida ativa da União (DAU) (fl. 14). De acordo com o contrato social de fls. 55/7 (item “VI - administração da sociedade”), e, especialmente, pelo contrato de mútuo de fls. 49/52, o qual fora assinado por VIRGÍNIA sócio administradora da pessoa jurídica em tela em conjunto com CORIOLANO, não resta dúvida de que ambos praticaram o delito em comento.

Não há notícia de pagamento ou parcelamento do débito em apreço, que, pela última informação da Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em São Carlos/SP (fl. 13), alcançava a cifra de R\$ 118.714,42 (cento e dezoito mil, setecentos e catorze reais e quarenta e dois centavos) (fls. 99/102; negritos no original).

O juízo de origem rejeitou a denúncia (fls. 104/104v) sob o fundamento de que não houve dolo na conduta dos ora recorridos, pois a pessoa jurídica *Camargo Artes Gráficas Ltda.* apresentou declaração retificadora, entregue em 06.05.2008, na qual trouxe o mútuo. Assim, a declaração prestada antes do início da ação fiscal e da constituição definitiva do crédito tributo exclui o dolo, ante a inexistência de omissão criminosa.

O Ministério Público Federal sustenta, nas razões recursais juntadas a fls. 108/121, que a análise de todos os elementos permite concluir o contrário, pois a abertura da ação fiscal é que deu ensejo à apresentação de declaração retificadora. Argumenta, então, que essa circunstância revela o dolo na conduta dos denunciados, os quais tanto estavam cientes da fraude fiscal que haviam cometido que, ao tomarem conhecimento da investigação fiscal, corrigiram o primeiro informe apresentado ao Fisco. Acrescenta que não há notícia de pagamento ou de parcelamento do débito em apreço, que, pela última informação da Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em São Carlos/SP (fls. 13), alcançava a cifra de R\$ 118.714,42 (cento e dezoito mil setecentos e catorze reais e quarenta e dois centavos).

Contrarrazões a fls. 133/139.

A decisão recorrida foi mantida pelo juízo *a quo* (fls. 140) e a Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovimento do recurso (148/149v).

É o relatório. Dispensada a revisão.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

A discussão travada nos autos cinge-se à correção, ou não, da decisão que, com fundamento no art. 395, III, do Código de Processo Penal, rejeitou a denúncia na qual foi imputada aos ora recorridos CORIOLANO MORATO FERRAZ MEIRELLES e VIRGÍNIA PEREIRA LOPES MEIRELLES PARTEL a prática do crime capitulado no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/1990.

A tipicidade da conduta relativa ao crime contra a ordem tributária supracitado está condicionada ao lançamento definitivo do crédito tributário, o que só ocorre com o esgotamento da fase administrativa, nos termos da Súmula Vinculante nº 24 (“[n]ão se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”). Assim, antes da conclusão do processo administrativo fiscal e do consequente lançamento definitivo do tributo não há dívida tributária a embasar denúncia, faltando justa causa para a ação penal (CPP, art. 395, III). Ressalto, ainda, que a constituição definitiva do crédito tributário não se dá com inscrição do débito em dívida ativa,

mas em momento anterior.

E esse é o caso dos autos, pois o fato gerador do IOF ocorreu em 13.02.2005, data da concessão do mútuo. Ocorre que a empresa apresentou declaração retificadora em 06.05.2008, informando que o valor de R\$ 2.288.030,00 (dois milhões, duzentos e oitenta e oito mil e trinta reais) foi objeto do contrato de mútuo celebrado entre a pessoa jurídica *Camargo Artes Gráficas Ltda.* e CORIOLANO.

A apresentação da declaração retificadora, por certo, só pode ter ocorrido antes da constituição definitiva do crédito tributário. Isso é assim, pois se o lançamento já se encontrasse pronto e acabado, nos termos do art. 145 do Código Tributário Nacional, não carecendo de nenhum outro ato para produzir seu efeito constitutivo do crédito fiscal, não poderia ser modificado por simples entrega de declaração pelo contribuinte.

Ante a ausência de constituição definitiva do crédito tributário por ocasião da entrega da declaração retificadora pelo contribuinte, não há materialidade delitiva, e, por conseguinte, justa causa para a ação penal.

Posto isso, *NEGO PROVIMENTO* ao recurso em sentido estrito.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0008042-34.2015.4.03.6130
(2015.61.30.008042-0)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E PETERSON CORREA
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE OSASCO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: ACr 70332
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/05/2017

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. NULIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. EMENDATIO LIBELLI. SEGUNDO GRAU. ADMISSIBILIDADE. POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO, ACESSÓRIO OU MUNIÇÃO DE USO PROIBIDO OU RESTRITO (LEI Nº 10.826/03, ART. 16). CRIME DE PERIGO ABSTRATO. MATERIALIDADE. AUTORIA. COMPROVAÇÃO. CRIME ÚNICO. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PARCIAL PROVIMENTO DA APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO. DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO DO RÉU.

1. A nulidade somente será decretada quando resultar prejuízo para a parte, em conformidade com o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal. No caso, não acolhida a alegação de nulidade haja vista não ter havido *mutatio libelli* em prejuízo do réu, mas apenas *emendatio libelli*.
2. Entende-se que a *emendatio libelli* pode ser aplicada em segundo grau, desde que respeitados os limites do art. 617 do Código de Processo Penal, que proíbe a *reformatio in pejus* (STJ, HC nº 294149, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 03.02.15; HC nº 247252, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 11.03.14). No mesmo sentido (TRF da 3ª Região, ACr nº 2013.61.06.001782-6, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 23.11.15).
3. Desclassificada a conduta descrita como prática de contrabando ou descaminho para o delito previsto no art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03.
4. Consoante jurisprudência dos Tribunais Superiores, o crime previsto no art. 16 da Lei nº 10.826/03 é de mera conduta e de perigo abstrato (STF, HC nº 107.957, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.06.16; STF, RHC nº 128.281, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 04.08.15; STJ, AgRg no REsp nº 1.500.895, Rel. Min. Felix Fischer, j. 21.06.16; STJ, AgRg no REsp nº 1.558.432, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 24.05.16).
5. Materialidade e autoria comprovadas.
6. Fixação da pena-base acima do mínimo legal justificada em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis.
7. Apelação da acusação parcialmente provida.
8. Apelação do réu desprovida.

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, proceder à *emendatio libelli* para atribuir ao fato 1 da denúncia a classificação jurídica prevista no art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03, dar parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal para condenar o réu pela conduta de manter em depósito estojos de munição (fato 1), sem efeitos sobre a dosimetria, de forma que mantida a condenação do réu às penas de 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, regime inicial semiaberto, e 40 (quarenta) dias-multa, valor unitário mínimo, por prática do crime do art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03, e negar provimento à apelação criminal do réu Peterson Correa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de abril de 2017.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Federal e por Peterson Correa contra a sentença que:

a) desclassificou o crime de contrabando descrito na denúncia (CP, art. 334-A, § 1º, IV) para prática de descaminho (CP, art. 334, § 1º, III) e absolveu o acusado, com fundamento na atipicidade material do fato (princípio da insignificância);

b) desclassificou o delito de comércio ilegal de arma de fogo descrito pela denúncia (Lei nº 10.826/03, art. 17, *caput* e parágrafo único) para porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (Lei nº 10.826/03, art. 16, *caput*) e, por prática desse crime, condenou o réu às penas de 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, regime inicial semiaberto, e 40 (quarenta) dias-multa, valor unitário mínimo (fls. 604/618).

O Ministério Público Federal alega o quanto segue:

a) o delito de descaminho é de natureza fiscal, ao passo que o de contrabando tutela outros bens jurídicos, como a saúde pública, a higiene, a moralidade e a segurança pública, o que justifica a restrição à entrada ou a saída de mercadorias absoluta ou relativamente proibidas;

b) não é correta a interpretação de que o art. 334-A do Código Penal (contrabando) refere-se apenas à mercadoria absolutamente proibida;

c) não incide o princípio da insignificância tratando-se de crime de contrabando;

d) os estojos de munição calibre .454 Casull, fabricados pela empresa norte-americana Hornady, são produtos controlados cuja importação depende de licença prévia concedida pelo Exército (Decreto nº 3.665/00, art. 183, *caput*), tratando-se, portanto, de material de importação relativamente proibida;

e) caracterizou-se o crime de contrabando com relação aos estojos de munição de origem norte-americana, impondo-se corrigir a classificação jurídica dada pela sentença e condenar o acusado (fls. 683/698).

O réu Peterson Correa aduz o seguinte:

a) a sentença é nula porque houve *mutatio libelli* sem observância do disposto no art. 384 do Código de Processo Penal, impedindo o exercício da defesa ao condenar o acusado por fato não descrito pela denúncia, o de manter em depósito arma de fogo de uso restrito, sem

propósito comercial (Lei nº 10.826/03, art. 16);

b) o descumprimento de medida cautelar imposta em outro processo não foi circunstância descrita pela denúncia e, portanto, não é fundamento idôneo para a elevação da pena-base;

c) o apelante não cometeu o crime do art. 16 da Lei nº 10.826/03, haja vista que a arma de fogo estava devidamente registrada;

d) a arma de fogo não estava em posse do apelante, mas sim em local adequado, no interior do cofre da Associação Desportiva Tiro Central, que poderia mantê-la desse modo por 90 (noventa) dias após o vencimento do certificado de registro que autorizava seu funcionamento;

e) a Associação Desportiva Tiro Central deixou de solicitar a renovação do certificado de registro porque o faria após a conclusão de reformas no estande de tiros;

f) o fato é impunível por ausência de perigo, mesmo que abstrato;

g) a falta de renovação da autorização para posse de arma de fogo caracteriza somente irregularidade administrativa;

h) o réu faz jus aos benefícios da justiça gratuita (fls. 631/646).

O Ministério Público Federal e o réu apresentaram as contrarrazões (fls. 699/705v. e 715/738).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. João Francisco Bezerra de Carvalho, manifestou-se pelo desprovisionamento das apelações criminais e pela alteração, mediante *emendatio libelli*, da classificação jurídica do fato descrito como prática de contrabando ou descaminho para o tipo penal do art. 16 da Lei nº 10.826/03, além de requerer a imediata execução da condenação penal (fls. 751/757v.).

Os autos foram encaminhados à revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Imputação. Peterson Correa foi denunciado por prática dos crimes de contrabando (fato 1) e comércio ilegal de armas de fogo (fato 2), conforme previstos no art. 334-A, § 1º, IV, do Código Penal e no art. 17, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 10.826/03, iniciadas as práticas criminosas em data incerta, com duração até 06.11.15, nas dependências da Associação Desportiva Tiro Central, localizada na Rua Alexandre Baptistone, nº 56, no município de Osasco (SP).

Fato 1. Em 06.11.15, no local acima indicado, Peterson Correa expôs à venda e manteve em depósito, no exercício de atividade comercial, mercadoria proibida pela legislação brasileira, consistente em 100 (cem) estojos de munição da marca Hornady, calibre .454 Casull, fabricados nos Estados Unidos da América, os quais estavam à venda por R\$ 500,00 (quinhentos reais), consoante etiqueta aposta na embalagem que os acondicionava.

A denúncia narra que o fato foi descoberto pelo Delegado da Polícia Federal Kleber Massayoshi Isshiki e pelos Escrivães Rômulo Barcellos de Oliveira e Alberto Yoshiuti Nakahara, durante cumprimento de mandado judicial de busca e apreensão expedido nos Autos nº 0005408.02.2014.403.6130, obtido diante da suspeita de que se praticava delito relacionado a

armamento na Associação Desportiva Tiro Central e que o denunciado Peterson, ao frequentá-la, descumpria medida cautelar diversa da prisão, consistente na proibição de comparecer ao local.

No momento da diligência, os Policiais Federais encontraram o denunciado Peterson atrás do balcão do estabelecimento. Do outro lado estava o funcionário Marcos Vinícius César dos Santos.

Durante a busca, a Polícia Federal localizou, dentre outros objetos, os estojos de munição da marca Hornady, calibre .454 Casull. A perícia constatou que se tratava de produto fabricado nos Estados Unidos da América e cuja importação dependeria de licença prévia do Exército Brasileiro, consoante o art. 183 e o Anexo 1 do Decreto nº 3.665/00.

Consoante o Certificado de Registro nº 80311, a Associação Desportiva Tiro Central esteve autorizada, até 01.11.15, a realizar as atividades de aquisição e armazenamento de produtos controlados, recarga de munições e uso desportivo. Contudo, vencida a autorização, os objetos apreendidos na Associação estavam em situação de depósito irregular.

O denunciado declarou que ainda não havia sido protocolizado o pedido de renovação do certificado de registro em razão das reformas pendentes no estande. Também disse que estava no local apenas para auxiliar a reforma e, questionado pelo Delegado da Polícia Federal sobre a caixa com os estojos de munição da marca Hornady, disse que não possuía os comprovantes de sua origem.

No tocante aos indícios de autoria delitiva, o depoimento extrajudicial de Marcos Vinícius César dos Santos indicaria a participação ativa do denunciado Peterson na gestão da Associação Desportiva Tiro Central e o depoimento de outro funcionário, Omar Monir Ayub, indicaria que Peterson ainda frequentava a Associação, embora nos autos de outro processo lhe houvesse sido imposta condição de liberdade provisória que proibia seu acesso ao local. Ademais, relatório de missão policial de setembro de 2015 indicara que naquele mês Peterson frequentava a Associação, conduzindo seus negócios. Presentes, portanto, os indícios de que seguia responsável pela Associação, ciente, portanto, do depósito ilegal dos estojos de origem estrangeira.

Assim estaria demonstrado que Peterson Correa manteve irregularmente em depósito, de 02.11.15 a 06.11.15, no exercício de atividade comercial, os estojos de munição da marca Hornady, calibre .454 Casull.

Fato 2. Em 06.11.15, na Associação Desportiva Tiro Central, Peterson Correa mantinha em depósito, no exercício de atividade comercial, as seguintes armas de fogo e munições de uso restrito e permitido, em desacordo com determinação legal e regulamentar:

- a) um revólver marca Rossi, calibre .38 Special, número de série J121219, de uso permitido;
- b) uma pistola da marca Imbel, calibre .40 SW, número de série EBA01851, com dois carregadores, de uso restrito;
- c) uma carabina, marca CBC, fabricada no Brasil, calibre .22LR, número de série ECG143064, com um carregador, de uso permitido;
- d) 83 (oitenta e três) munições calibre .40 S&W (Smith & Wesson), de uso restrito;
- e) 33 (trinta e três) munições calibre .380 auto +P, marca CBC, de uso permitido;
- f) 6 (seis) munições calibre .380 auto NTA, marca CBC, de uso permitido;
- g) 2 (duas) munições calibre .380 Treina, marca CBC, de uso permitido;

- h) 2 (duas) munições sem informações na base de seu estojo;
- i) 1 (uma) munição calibre .380 auto, marca Star Line Brass, de uso permitido.

Consoante acima explicitado, o certificado de registro da Associação Desportiva Tiro Central estava com o prazo de validade expirado. Verificada a relação de armas atinente ao certificado, a Associação esteve autorizada até 01.11.15 a manter os armamentos descritos nos itens “a” e “c”, além de 50.000 (cinquenta mil) munições de uso restrito e permitido. No tocante ao item “b” (pistola da marca Imbel, calibre .40 SW, número de série EBA01851), teria sido doada por Ismael Elias Branco Ossayran à Associação Desportiva Tiro Central, em 01.06.15 (fl. 69), mas não constava da referida relação, de modo que se tratava de arma de fogo de uso restrito mantida em depósito irregular pela Associação.

Todas as munições e armas de fogo foram localizadas durante o cumprimento do mandado de busca e apreensão expedido nos Autos nº 0005408.02.2014.403.6130. A denúncia indica como indícios de autoria delitiva os depoimentos extrajudiciais de Marcos Vinícius César dos Santos e de Omar Monir Ayub, além do relatório de missão policial de setembro de 2015 (fls. 140/142), dos quais se extrairia que o denunciado Peterson Correa era o responsável pela Associação Desportiva Tiro Central e estava ciente de que tinha em depósito, no exercício de atividade comercial, armas de fogo e munições de uso restrito e permitido, em desacordo com determinação legal e regulamentar (fls. 183/202).

Sentença. O réu foi julgado da seguinte maneira com relação a cada fato que lhe foi imputado.

Com relação ao fato 1, o Juízo *a quo* considerou que os estojos de munição não seriam mercadoria proibida, pois que sua importação dependeria apenas de licença prévia, consoante o art. 183 do Decreto nº 3.665/00. Portanto, seu ingresso no País teria sido irregular, tratando-se de prática do crime de descaminho previsto no art. 334, § 1º, III, do Código Penal. Diante do valor aparente da mercadoria (R\$ 500,00), por estimativa inferiu que os tributos devidos não ultrapassariam a quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), de modo que fez incidir o princípio da insignificância.

Com relação ao fato 2, o Juízo *a quo* considerou não ter sido comprovado o exercício de atividade comercial e desclassificou para porte ilegal de arma de fogo de uso restrito o depósito irregular da pistola Imbel, calibre .40 SW, número de série EBA0185, de que resultou a condenação do réu por prática do crime previsto no art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03. Ressaltou que fora ultrapassado prazo razoável para que a Associação Desportiva regularizasse a situação do armamento, que teria sido doado por Ismael Elias Branco Ossayran em 01.06.15, consoante termo à fl. 69.

Quanto às armas de fogo restantes (revólver Rossi e carabina CBC), bem como as demais munições apreendidas, o Juízo *a quo* absolveu o acusado considerando o disposto na Portaria nº 51/15 do Comando Logístico do Exército - COLOG, e informes do Exército Brasileiro no sentido de que, expirado o certificado de registro, a pessoa jurídica dispunha de 90 (noventa) dias para destinar suas armas e munições, prazo esse que, na ocasião, não havia sido extrapolado (fls. 604/618).

Emendatio libelli. Segundo grau. Admissibilidade. Entende-se que a *emendatio libelli* pode ser aplicada em segundo grau, desde que respeitados os limites do art. 617 do Código de Processo Penal, que proíbe a *reformatio in pejus* (STJ, HC nº 294149, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 03.02.15; HC nº 247252, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 11.03.14). No mesmo sentido (TRF da 3ª Região, ACr nº 2013.61.06.001782-6, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 23.11.15).

Do caso dos autos. O Ministério Público Federal recorreu contra a absolvição do acusado por manter em depósito 100 (cem) estojos de munição estrangeiros da marca Hornady, calibre .454 Casull, fato tipificado pela sentença como prática de descaminho (CP, art. 334, § 1º, III). A acusação aduz que se trata de crime de contrabando e requer seja a sentença reformada para a condenação do réu.

No tocante a esse pedido, a Procuradoria Regional da República manifestou entendimento contrário ao da sentença e ao das razões recursais da acusação, alegando que, com relação aos estojos de munição, teria ocorrido o crime previsto no art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03:

Pelo auto de prisão em flagrante (fls. 2/14), auto de apreensão (fls. 32/38) e laudo de perícia criminal federal (fls. 116/121), não restam dúvidas que os estojos de munição da marca Hornady estavam depositados no cofre da Associação Desportiva Tiro Central sem a devida documentação de internação.

No entanto, em respeito ao princípio da especialidade, necessário alterar a capitulação jurídica dos fatos para o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, vez que a munição de uso restrito foi mantida em depósito em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Para a internação de armas de fogo e de munições o Decreto nº 3.665/00, em seu artigo 183, estabelece a imprescindibilidade de obter a licença prévia do Exército, *in verbis*:

“Art. 183. As importações de produtos controlados *estão sujeitas à licença prévia do Exército, após julgar sua conveniência*”.

Desta inteligência, a manutenção em depósito da munição da marca Hornady, apreendida na Associação Desportiva Tiro Central, somente seria regular se comprovada a sua internação em conformidade com as leis e os regulamentos, o que não ocorreu, tendo em vista que PETERSON CORREA não apresentou os documentos de internação.

A irregularidade, inclusive, é reforçada com o interrogatório judicial do apelado, que afirmou não possuir as notas fiscais dos cartuchos da marca Hornady (mídia a fl. 562).

Desta forma, a conduta de ter em depósito munições de origem estrangeira desacompanhadas dos documentos fiscais é tipificada no crime previsto no artigo 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03. Ressalta-se, neste ponto, que inexistem provas ou indícios de que PETERSON CORREA fora o responsável pela internação dessa mercadoria estrangeira, de forma a afastar o tipo penal do artigo 18 da Lei nº 10.826/03. (fl. 754, destaques originais)

Assiste-lhe razão.

Está descrito pela denúncia que o réu mantinha em depósito 100 (cem) estojos de munição de uso restrito, produto controlado pelo Exército, conforme explicitado à fl. 185, cuja importação dependia de licença prévia, sendo que o acusado afirmara não possuir o comprovante da origem desses objetos (fl. 186).

À míngua de demonstração da regular aquisição dos 100 (cem) estojos de munição da marca Hornady, calibre .454, Casull, fabricados nos Estados Unidos da América, circunstância devidamente descrita pela denúncia, está-se diante de depósito de acessório de arma de fogo em desacordo com determinação regulamentar, que rende ensejo à classificação jurídica prevista no art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03.

Diante disso, procedo à *emendatio libelli* para classificar o fato 1 da denúncia como prática do crime do art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03.

Decretação de nulidade. Necessidade de comprovar o prejuízo sofrido. A nulidade somente será decretada quando resultar prejuízo para a parte, em conformidade com o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal:

Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Do caso dos autos. A defesa aduz a nulidade da sentença haja vista que, com relação à pistola da marca Imbel, calibre .40 SW, número de série EBA01851, teria sido realizada indevida *mutatio libelli* ao se modificar a classificação jurídica inicial (Lei nº 10.826/03, art. 17) para prática do crime do art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03.

Não lhe assiste razão.

Transcrevo o seguinte trecho da denúncia, de que consta a menção à pistola da marca Imbel, calibre .40 SW, número de série EBA01851:

Consta dos autos que, o denunciado PETERSON CORREA, de maneira livre e consciente, com início em período incerto, mas com certeza até 06 de novembro de 2015, tinha em depósito, no exercício de atividade comercial realizada na Associação Desportiva Tiro Central, armas de fogo e munições de uso restrito e permitido, em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo se apurou, o denunciado PETERSON, com início em data incerta, mas com certeza até 06 de novembro de 2015, tinha em depósito, na Associação Desportiva Tiro Central, localizada na Rua Alexandre Baptista, nº 56, bairro Km 18, no município de Osasco/SP, as seguintes armas em desacordo com a regulamentação legal e regulamentar:

<i>Quantidade</i>	<i>Arma</i>	<i>Produto Controlado</i>	<i>Tipo de uso</i>	<i>Laudos</i>
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
1	Pistola, marca Imbel, calibre .40 SW, número de série EBA01851, com dois carregadores	SIM	<i>Restrito</i> , conforme artigo 16, inciso III, do Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000.	f. 135/140.

(fls. 190/191, destaques originais)

Da leitura desse trecho extrai-se que a acusação descreveu o depósito de arma de fogo de uso restrito em desacordo com determinação legal ou regulamentar, que são as elementares do art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03.

A sentença, ao considerar não demonstrado o exercício de atividade comercial, procedeu ao ajuste da classificação jurídica consoante as elementares restantes, que caracterizam a conduta do tipo penal do art. 16 da Lei nº 10.826/03, porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, que é inclusive menos grave do que aquela prevista no art. 17 da Lei nº 10.826/03.

Assim, satisfatoriamente descritas pela denúncia as circunstâncias fáticas de que resultaram a *emendatio libelli* e, por conseguinte, a condenação do acusado, não se verifica prejuízo ao exercício de sua defesa.

Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido ou restrito (Lei nº 10.826/03, art. 16). Crime de mera conduta e perigo abstrato. Consoante jurisprudência dos Tribunais Superiores

riores, o crime previsto no art. 16 da Lei nº 10.826/03 é de mera conduta e de perigo abstrato:

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. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI 10.826/2003. ARMA DESMUNICIADA. TIPICIDADE. CRIME DE MERA CONDUTA OU PERIGO ABSTRATO. TUTELA DA SEGURANÇA PÚBLICA E DA PAZ SOCIAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO PREVISTO NO ART. 14 DA LEI 10.826/2003. IMPOSSIBILIDADE. (...) ORDEM EXTINTA POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. A arma de fogo mercê de desmuniçada mas portata sem autorização, em desacordo com determinação legal ou regulamentar e com numeração suprimida configura o delito previsto no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, pois o crime é de mera conduta e de perigo abstrato. 2. O delito de porte ilegal de arma de fogo tutela a segurança pública e a paz social, e não a incolumidade física, sendo irrelevante o fato de o armamento estar municiado ou não. Tanto é assim que a lei tipifica até mesmo o porte da munição, isoladamente. Precedentes: HC 104206/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe de 26/8/2010; HC 96072/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 8/4/2010; RHC 91553/DF, Rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJe de 20/8/2009. 3. (...). 7. Ordem de *habeas corpus* extinta por inadequação da via eleita. (STF, HC nº 107.957, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.06.16)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. POSSE DE ACESSÓRIO DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. ART. 16 DA LEI 10.826/2003. BUSCA E APREENSÃO. ILICITUDE DA PROVA. INOCORRÊNCIA. CRIME PERMANENTE. FLAGRANTE DELITO. CRIME DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO. IRRELEVÂNCIA DA POTENCIALIDADE LESIVA DO ARTEFATO. DESCRIMINALIZAÇÃO TEMPORÁRIA PREVISTA NOS ARTIGOS 30 E 32 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO CONFERIDO PELAS LEIS 11.706/2008 E 11.922/2009. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. (...) 3. A posse de arma de fogo de uso restrito, de seus acessórios ou de munições constitui crime de mera conduta e de perigo abstrato cujo objeto jurídico tutelado compreende a segurança coletiva e a incolumidade pública. 4. Presente laudo especificando o modelo do silenciador de uso restrito, desnecessária a realização de perícia a comprovar a potencialidade lesiva do acessório para configuração do delito. 5. (...). 6. Recurso ordinário a que se nega provimento. (STF, RHC nº 128.281, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 04.08.15)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. ART. 16 DA LEI Nº 10.826/03. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. O crime de posse ilegal de munição ou acessório de uso restrito, tipificado no art. 16 da Lei nº 10.826/03, é de perigo abstrato ou de mera conduta e visa proteger a segurança pública e paz social. Sendo assim, é irrelevante a quantidade de munição apreendida (precedentes). Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp nº 1.500.895, Rel. Min. Felix Fischer, j. 21.06.16)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. LESÃO À SEGURANÇA PÚBLICA E À PAZ COLETIVA. REANÁLISE DE FATOS E PROVAS. DESNECESSIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. No delito de posse ilegal de munição de uso restrito, o exame dos critérios utilizados para o reconhecimento da materialidade delitiva prescinde do revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, pois os crimes de perigo abstrato dispensam a comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado, ou seja, não se exige a prova de perigo real, pois este é presumido pela norma, sendo suficiente a periculosidade da conduta, que é inerente à ação.

2. As condutas punidas por meio dos delitos de perigo abstrato são as que perturbam não apenas a ordem pública, mas lesionam o direito à segurança, daí porque se justifica a presunção de ofensa ao bem jurídico.

3. O simples fato de possuir ilegalmente munição de uso restrito caracteriza a conduta descrita no artigo 16 da Lei 10.826/2003, por se tratar de crime de perigo abstrato, cujo objeto imediato é a segurança coletiva, sendo inaplicável, ainda, o princípio da insignificância. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no REsp nº 1.558.432, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 24.05.16)

Do caso dos autos. Consoante o entendimento acima explicitado, é crime de perigo abstrato a prática de manter em depósito arma de fogo de uso restrito e acessórios em desacordo com determinação regulamentar, prescindível, no caso, a demonstração do risco concreto decorrente do porte ilegal da pistola Imbel calibre .40 SW de uso restrito e dos estojos de munição calibre .454.

Materialidade. Está satisfatoriamente comprovada a materialidade do crime de porte ilegal de arma de fogo e de acessórios de uso restrito (Lei nº 10.826/03, art. 16, *caput*) diante dos seguintes elementos de convicção:

a) auto circunstanciado de busca e apreensão (fls. 25/31);

b) auto de apreensão de 100 (cem) estojos calibre .454 Casull Hornady (fls. 32/34);

c) laudo pericial com a descrição dos 100 (cem) estojos de munição, calibre .454 Casull, fabricados nos Estados Unidos da América pela empresa Hornady MFG. CO, lote nº 4110425, novos, aptos a serem utilizados na montagem de munições, material de uso restrito (fls. 116/121).

d) auto de apreensão da pistola Imbel calibre .40 SW, número de série EBA01851, com 2 (dois) carregadores (fls. 32/34);

e) laudo pericial da pistola Imbel calibre .40 SW, com a conclusão de que se trata de armamento de uso restrito e estava apta a realizar disparos (fl. 135/140).

Autoria. Está satisfatoriamente demonstrada a autoria delitiva.

O mandado de busca e apreensão de cujo cumprimento resultou a localização dos objetos ilícitos e a prisão em flagrante do réu fora expedido para verificar se nas dependências da Associação Desportiva Tiro Central havia armas de fogo e munições de uso não autorizado, bem como investigar se o acusado descumpria medida cautelar que lhe havia sido imposta nos Autos nº 0005408.02.2014.403.6130, consistente em proibição de frequentar qualquer ambiente ou atividade relacionada ao manuseio de armamento e seus insumos (fls. 24 e 18).

Romulo Barcellos de Oliveira, Escrivão da Polícia Federal, afirmou em Juízo que participou do cumprimento da ordem de busca e apreensão. Quando chegou ao local dos fatos, lá se encontravam o réu e outro indivíduo, cujo nome não recordava. Verificaram as armas de fogo, conferindo os números de série e as notas fiscais apresentadas. Separaram duas caixas, uma com numeração de controle raspada, a qual continha munições, e outra contendo cartuchos importados cuja origem o acusado não soube esclarecer, afirmando que pertenciam a um ter-

ceiro que os havia deixado no estande. Era visível que o estande passava por reformas. O réu argumentava que um indivíduo chamado Ismael conspirava contra ele. A maioria das armas de fogo estava registrada, mas o Delegado procedeu à sua apreensão porque o estande estava com a autorização de funcionamento vencida. A diligência fora motivada por suspeita de que o acusado descumpria condições impostas pelo Juízo. O réu justificou-se dizendo que não frequentava o local, que se tratava de uma coincidência estar ali naquele instante, quando apenas cuidava de detalhes da reforma. Não se recordava se havia placa na porta informando sobre as reformas. Não havia clientes no estande e não presenciou a abertura do cofre de armas. No local havia um balcão com acessórios. Acreditava que as armas estivessem guardadas dentro do cofre e não se recordava onde haviam sido localizadas as munições (mídia eletrônica à fl. 480).

Alberto Yoshiuti Nakahara, Escrivão da Polícia Federal, narrou em Juízo que chegaram ao local dos fatos por volta de 10h, tocaram a campainha e subiram as escadarias de acesso ao andar superior do imóvel, onde situado o balcão da loja e o estande para a prática de tiros. O réu estava atrás do balcão e dois funcionários o acompanhavam. O estande estava aparentemente em reformas, as obras impediam acessá-lo. As armas de fogo que localizaram estavam uma na cintura do réu e as demais no cofre, que estava aberto. Não se recordava quem teria aberto o cofre, nem da justificativa do réu para estar no local. Havia munição importada em uma caixa vermelha contendo preço, R\$ 500,00 (quinhentos reais), além de uma caixa de munição .40 da marca CBC com identificação raspada. O réu não apresentou documento fiscal dos cartuchos importados, nem soube justificar a presença desses objetos. Dos diálogos durante o cumprimento da medida ficou claro que Peterson era o dono da loja e organizava o clube de tiro. Parecia que era ele o dono, comandando as atividades e a comercialização de armas, e “não os dois garotos que estavam lá” em sua companhia. Em razão das reformas, não havia pessoas atirando no local. A venda de acessórios e equipamentos, porém, parecia funcionar normalmente. Não lembrava se havia alguma placa na entrada, nem onde estava a caixa de munições, se no cofre ou no balcão. O réu tinha consigo uma pistola calibre .380 (mídia eletrônica à fl. 480).

Kleber Massayoshi Isshiki, Delegado da Polícia Federal, declarou em Juízo que o motivo da busca era verificar se o réu cumpria as condições de sua liberdade provisória e eventual apreensão de objetos ilícitos. Chegaram ao local por volta de 10h30, tratava-se de um estabelecimento que ficava na sobreloja do imóvel. Subiram a escadaria, havia uma porta intermediária fechada. Tocaram a campainha. Subiu o restante das escadas e visualizou o réu atrás do balcão de vidro. À frente dele estava um funcionário identificado como Marcos Vinicius. Ao lado do acusado estava a porta do cofre de armas, aberta. Manifestou as razões de sua presença e as buscas foram iniciadas. Dentro do cofre havia diversas armas de fogo, com o acusado havia uma arma municada e, em outro ambiente, havia uma oficina de recarga de munições e material relacionado, muitas cápsulas vazias para recarga, pólvora e espoletas. O estande aparentemente estava em reforma. Também havia um pequeno escritório em que localizaram o que pareciam pedidos dos clientes frequentadores do estande. Havia armas de fogo pessoais do réu, do filho dele e da loja. Havia também munições de calibre .40 em uma caixa da marca CBC com número de série raspado e mais um outro tanto de munições novas do mesmo calibre. Segundo o réu, essas munições pertenciam a Policiais Cíveis frequentadores do clube, porém não soube identificá-los. Outro material que chamou a atenção do depoente foi a caixa de estojos de munição importados, calibre .454. Eram novos e continham uma etiqueta com preço. Não lembrava se tais estojos estavam dentro do cofre ou expostos no balcão, onde havia acessórios. O réu informou que a caixa contendo esses estojos havia sido deixada por seu ex-

sócio, um Capitão do Exército. As munições não estavam expostas, estavam dentro do cofre. Foram apreendidas apenas as armas pertencentes ao clube, porque vencido seu certificado de registro perante o Exército, sem notícia de pedido de renovação. Essas armas estavam todas dentro do cofre. Durante a diligência chegaram ao local mais um funcionário, a esposa do réu, que se identificou como presidente do clube, e o irmão do acusado. Encerradas as buscas, foram todos encaminhados à Delegacia. O depoente destacou trechos dos depoimentos extrajudiciais de Marcos e do outro funcionário, os quais indicariam que o réu ainda frequentava o local. Antes da busca e apreensão, fora expedida uma ordem de missão. O Agente que cumpriu essa ordem informou ter comparecido à Associação Desportiva, onde foi recepcionado por um rapaz e uma moça. Esse Agente indagou-lhes sobre o réu e eles responderam que o acusado havia saído para resolver algo, mas logo voltaria (mídia eletrônica à fl. 488).

Vinicius de Moura Secundo, Agente da Polícia Federal, afirmou em Juízo que auxiliara no início das investigações, sem participar, porém, do cumprimento do mandado de busca e apreensão (mídia eletrônica à fl. 480).

Omar Monir Ayub declarou em Juízo que era funcionário da Associação Desportiva Tiro Central, onde trabalhava como recepcionista desde 2014. Os Policiais Federais já estavam no local quando chegou à Associação. O clube estava fechado havia algum tempo, desde que expirada a validade do certificado de registro. Deste então, faziam serviços para melhorar a acústica do estande. A loja não estava em reformas, mas também estava fechada. O réu não frequentava mais o local desde sua prisão e, na data dos fatos, estava ali apenas ajudando a instalar a proteção acústica do clube, revestindo as paredes com espuma. Precisavam dessa ajuda, pois o clube dispunha de poucos recursos financeiros. Iriam finalizar a reforma antes de solicitarem a liberação para a retomada dos trabalhos. As armas de fogo e os documentos estavam no cofre, o qual não sabia quem tinha aberto. Quando começou a trabalhar na Associação, a caixa de estojos Hornaday já estava guardada no cofre, disseram-lhe que pertencia ao Capitão Ismael. Faziam recarga de munição no local e, para que não houvesse confusão com produtos novos, raspavam a numeração da caixa contendo munições recarregadas. Todas as armas de fogo estavam com a documentação em dia e a pistola calibre .40 fora doada pelo Capitão Ismael, estavam regularizando a transferência dessa arma. Não conheceu Ismael, que não frequentava mais o clube. Quem cuidava da loja e do clube eram a esposa do réu e o irmão do depoente, Marcos Vinicius. Na entrada havia placas informando que estavam fechados para reforma por tempo indeterminado. Ninguém podia entrar no clube. Nos dias em que o réu não estava no local, o depoente e o irmão coordenavam a reforma (mídia eletrônica à fl. 480).

Marcos Vinicius Cesar dos Santos, genro do réu e irmão da testemunha Omar, declarou em Juízo que trabalhara na Associação Tiro Central até novembro de 2015, recarregando munições. A Associação funcionou até 01.11.15, quando venceu o certificado de registro que permitia seu funcionamento. Depois disso, o clube ficou fechado ao público enquanto providenciavam reformas para adequação do local às demandas de órgãos públicos. Depois que fecharam, o réu foi ao clube algumas vezes com o propósito de auxiliar na reforma, estavam sem dinheiro para pagar a mão de obra e por isso ele ajudou. Antes de o certificado vencer, o réu costumava deixar a esposa no local, mas jamais subia ao estande. As armas de fogo encontradas pelos Policiais estavam dentro do cofre trancado. Foram os Policiais que solicitaram a abertura do cofre. Abriu o cofre, onde guardadas as armas do clube, para que o Delegado o inspecionasse. O Delegado solicitou que o acusado fosse para trás do balcão. Soube que os cartuchos Hornady haviam sido trazidos pelo Capitão Ismael quando iniciadas as atividades do clube, por volta de 2013. Pediu para vê-los na época, porque eram bem diferentes e nunca

havia visto daquela espécie, ao que Ismael respondeu que não deveria mexer neles, pois não estavam à venda, e os guardou no cofre. Não soube esclarecer o motivo de haver etiqueta de preço na caixa. Havia uma caixa de munições que estava com a numeração raspada, o que foi feito apenas para indicar que eram recarregadas, evitando confusão com munição original. Quem coordenava a reforma do estande era um amigo chamado Gabriel. Questionado sobre divergências em relação ao seu depoimento na fase investigativa, afirmou que não teve tempo para ler antes de assinar. Tentou, na ocasião, esclarecer que os estojos já haviam sido apreendidos em outra ocasião, quando realizada a operação Magnum, e depois restituídos. Havia deixado uma placa na entrada do clube, informando sobre o fechamento. Afirmou que não seria permitido ao acusado abrir o cofre, pois ele não poderia sequer estar presente no clube. A presidente, Angela, tinha as chaves (mídia eletrônica à fl. 480).

Raquel Borges Maia, ex-funcionária da Associação Desportiva Tiro Central, afirmou em Juízo que trabalhara no local como auxiliar administrativa até meados de setembro de 2015 e depois não o frequentou mais. Trabalhava no período da tarde e não sabia quem ingressava ou deixava o local. Permanecia fora a maior parte do tempo, cuidando de serviços externos. Acreditava que o estande estivesse fechado após o vencimento do certificado de registro, que não haviam conseguido renovar no prazo. O réu levava a esposa, Angela, até a porta do clube, mas não subia. As armas de fogo ficavam no cofre. As munições e as armas não ficavam expostas. A loja vendia produtos de limpeza da arma, óleos, coldre, nunca viu nada além disso. Não havia placas com preços ou valor de armas. O cofre era aberto conforme solicitação dos clientes do estande. Não havia comercialização de armas. Os associados utilizavam as armas do clube (mídia eletrônica à fl. 480).

Ismael Elias Branco Ossayran foi ouvido em Juízo e negou que a caixa de estojos da marca Hornady fosse sua ou que a houvesse deixado na Associação Desportiva Clube Central, que havia fundado com o réu. Fazia anos que não ia ao local, pois deixara de frequentá-lo em março ou abril de 2013, quando se desligou definitivamente. Deixou o termo de doação de duas armas de fogo, as quais não deveriam sair do estande. Questionado acerca da pistola da marca Imbel, afirmou que a arma fora doada à Associação ainda em 2013, mas que aceitara assinar outro termo, em junho de 2015, para realizar a transferência. Não sabia dizer se a situação dela estava regularizada (mídia eletrônica à fl. 480).

Angela Maria da Costa, esposa do réu ouvida como informante, afirmou em Juízo que o certificado de registro da Associação vencera em 01.11.15. Relatou dificuldades para adequar-se às exigências do Exército e da Polícia Civil. Sinalizaram na entrada que o clube estava fechado, conforme orientação da Polícia Civil, e seguiram em busca de cumprir os requisitos para renovação do certificado. Era comum que as armas permanecessem dentro do cofre depois de expirado o prazo de autorização porque ali era o local de acervo delas. Depois que encerraram as atividades, só Marcos Vinicius e Omar frequentavam o local, para executar as reformas. O réu estivera no local em uma única data específica, apenas para auxiliá-los a subir uma chapa de ferro. No dia em que Policiais Federais realizaram a busca, o réu estava no local para ajudar a instalar a proteção acústica e para buscar documentação que levaria à Justiça Federal. O réu era armeiro desde que se conheceram, fazia mais de 20 (vinte) anos, sem envolvimento criminais. A depoente assumira a presidência da Associação depois que o acusado foi proibido pela Justiça de exercer qualquer atividade a ele relacionada. Não estava no local quando chegaram os Policiais Federais. Recordava-se da caixa contendo estojos de munição, que já estava ali havia muito tempo e fora apreendida e devolvida em outras ocasiões. Essa caixa estava no local desde o começo de 2014 e pertencia a Ismael (mídia eletrônica à fl. 562).

Robson Cardoso dos Santos, popular convidado por Policiais para testemunhar a busca, foi arrolado como testemunha do Juízo e declarou que subira ao estande cerca de 5 (cinco) depois do Delegado Federal. Viu os Policiais e o réu, próximos. Não viu o cofre, nem se havia munição em cima da bancada. Viu as armas de fogo, mais de 5 (cinco), com os Policiais. Não foi a outro ambiente, ficaram apenas naquele local. Trabalhava em uma borracharia ao lado. O pátio da borracharia era aberto. Via o réu chegar, deixar a esposa e ir embora, às vezes tomavam café na borracharia (mídia eletrônica à fl. 562).

Josemar Vieira, ouvido como testemunha do Juízo, também fora convidado por Policiais para testemunhar o cumprimento da ordem de busca. Afirmou que ingressou no local cerca de 5 (cinco) minutos depois da testemunha Robson (mídia eletrônica à fl. 562).

Na fase investigativa, o réu Peterson Correa declarou que fora à Associação Desportiva Tiro Central para levar material destinado à reforma do estande e buscar uma pasta, guardada dentro do cofre de armas, em que armazenava os termos de comparecimento periódico à Justiça Federal. Estava em companhia do funcionário Marcos Vinícius Cesar dos Santos quando chegaram os Policiais Federais. A porta do cofre fora aberta por Marcos. Não possuía a chave do cofre ou do estabelecimento. Costumava deixar a esposa na Associação, mas jamais entrava. A caixa com os estojos de munição calibre .454 Casull, Hornady, haviam sido deixadas no local pelo Capitão do Exército Ismael Elias Branco Ossayran, que queria vender tal produto na Associação, com o que não concordava. Não sabia que os estojos continuavam guardados na Associação, mesmo porque não frequentava mais o local. Afirmou que as notas contendo pedidos eram de movimentações da Associação até outubro de 2015, quando ainda estava válido o certificado de registro, e não preencheram nenhuma delas (fls. 9/11).

Em Juízo, o acusado afirmou que os estojos de munição da marca Hornady haviam sido deixados na Associação Desportiva Tiro Central por Ismael Ossayran, seu antigo sócio. Com a saída dele, cerca de 3 (três) ou 4 (quatro) anos antes, o material foi esquecido e não poderia descartá-lo ou retirá-lo do local. Não havia nota fiscal desses cartuchos, os quais não sabia se eram usados ou não. Os cartuchos já haviam sido apreendidos pela Corregedoria da Polícia Civil e pelo GAECO, mas devolvidos. Quando realizada a busca durante a operação Magnum 500, os Policiais Federais viram esses cartuchos, mas os deixaram no cofre, sem apreendê-los. Estava ciente de que descumpria condição de sua liberdade provisória ao comparecer à Associação, mas estava no local somente para tratar do material da reforma do estande. Havia estado ali anteriormente para auxiliar o carregamento de chapas de aço e blocos de cimento, pois não tinham mais ninguém para fazê-lo. Na data dos fatos, estava na Associação para buscar uma pasta com documentos e já descia as escadas quando chegaram os Policiais Federais. O certificado de registro da Associação estava vencido, porém as armas permaneciam guardadas no acervo conforme determinação do Exército. As armas de fogo apreendidas pertenciam à Associação, sendo que a pistola Imbel fora doada em 2015 por Ismael e sua transferência não havia sido efetivada porque o procedimento era demorado e a taxa elevada, não dispunham dos recursos à época (mídia eletrônica à fl. 562).

Consoante a ata de assembleia geral extraordinária de 20.08.15, a Associação Desportiva Tiro Central era à época dos fatos presidida pela esposa do réu, Angela Maria da Costa (fls. 324/325).

Analisados os autos, entretanto, não é crível que o acusado tenha se desligado da administração da Associação e permanecido alheio à sua gestão após a determinação judicial que o impedia de frequentá-la, havendo prova suficiente em sentido contrário.

Restou satisfatoriamente demonstrado que o réu desobedeceu à condição imposta para sua liberdade provisória nos Autos nº 0005408.02.2014.403.6130 e prosseguia frequentando as dependências da Associação. É o que se extrai, por exemplo, do seguinte trecho do relatório de missão policial de 09.09.15:

Prosseguindo com a diligência, fomos à ASSOCIAÇÃO DESPORTIVA TIRO CENTRAL, situada à Rua Alexandre Baptistone, 56, Osasco/SP, a menos de 50 metros do primeiro local investigado, do outro lado da rua. A associação está em funcionamento e dispõe de estande de tiro, loja, oficina e setor administrativo. Interpelamos um funcionário do setor administrativo que não conseguimos identificar acerca do sr. PETERSON CORREA. Este funcionário não identificado era de cor parda clara, cerca de 1,70m, 30 anos, de cabelo e barba pretos. O funcionário nos disse que o sr. PETERSON CORREA havia acabado de sair, que tinha ido ao “Poupa Tempo”, mas que acreditava que ele retornaria logo. Dissemos que precisávamos consertar uma arma e se havia algum armeiro disponível para fazer este serviço, no que este funcionário não identificado afirmou que o único armeiro disponível na associação era o sr. PETERSON CORREA. Perguntamos então se ele iria demorar, no que o funcionário não identificado se dirigiu a uma senhora de nome RAQUEL, perguntando sobre o horário de retorno de PETERSON. Esta chamou o funcionário para o interior de uma sala, onde ficaram trancados por cerca de um minuto. Ao sair da sala, o funcionário não identificado descrito, já visivelmente nervoso, se dirigiu a nós informando que PETERSON não estava ficando dentro da associação porque estava com uns problemas de documentação e só estava fazendo serviço administrativo no prédio do outro lado da rua (fl. 381, destaques originais)

Ademais, o réu estava no local dos fatos no momento da chegada dos Policiais Federais, e não apenas para prestar auxílio material como alegou, haja vista que coordenava a reforma do estande, consoante os depoimentos extrajudiciais dos funcionários Omar e Marcos Vinicius às fls. 12/14 (em Juízo ambos retrataram-se: Omar disse que ele e o irmão tocavam a reforma, ao passo que Marcos informou que a obra era organizada por um amigo chamado Gabriel).

São essas as circunstâncias que ensejam a conclusão de que o réu era administrador de fato da Associação Desportiva Tiro Central e, por conseguinte, o autor da conduta prevista no art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03, haja vista a localização da pistola da marca Imbel e dos estojos de munição da marca Hornady nas dependências da Associação, ambos em situação irregular, do que o réu estava ciente.

A arma de fogo, consoante o termo à fl. 69 e os depoimentos colhidos em Juízo, fora doada à Associação Desportiva Tiro Central por Ismael Elias Branco Ossayran em 01.06.15, ou seja, 5 (cinco) meses antes de sua apreensão em poder do réu. A justificativa do acusado, no sentido de que não transferira o registro por falta de condições financeiras, não restou comprovada e não teria o condão de descaracterizar a prática criminosa, haja vista o decurso de tempo razoável para que houvessem sido adotadas medidas adequadas para regularizar a posse do armamento, inclusive enquanto o réu ainda integrava formalmente a administração da Associação. Em razão disso, não há falar que havia autorização para que a arma de fogo permanecesse guardada junto ao acervo.

Ademais, o acusado não comprovou a regular aquisição dos estojos de munição da marca Hornady, calibre .454 Casull, fabricados nos Estados Unidos da América, produto controlado cuja importação dependeria de licença do Exército Brasileiro, de forma que o depósito desse material sem demonstração de sua obtenção lícita mostrou-se em desconformidade com as normas regulamentares (Decreto nº 3.665/00, arts. 9º e 183, III; Decreto nº 5.123/04, art. 51).

Anoto que a renovação do certificado de registro de funcionamento da Associação Desportiva Tiro Central (fl. 739) não afasta a ilicitude dos fatos acima explicitados.

Comprovadas a materialidade e a autoria delitivas, impõe-se a manutenção da condenação do réu por porte ilegal da pistola Imbel .40 SW (Lei nº 10.826/03, art. 16) e a reforma da sentença absolutória para condená-lo por prática do mesmo crime em relação aos estojos de munição estrangeiros. Considerando que os objetos ilícitos foram apreendidos no mesmo contexto fático, houve prática de crime único, impondo-se apenas rever a dosimetria da pena para verificar seu ajuste à gravidade da conduta de manter em depósito a arma de fogo e os estojos de munição.

Passo à análise da dosimetria.

Dosimetria. Porte de arma de fogo de uso restrito. Na primeira fase, o Juízo *a quo* fixou a pena-base acima do mínimo legal, em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, considerando a culpabilidade como circunstância judicial desfavorável, em razão de o acusado ter praticado o delito em detrimento de determinação judicial consistente em medida alternativa à prisão.

Sem circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, incidiu a causa de aumento do art. 20, *caput*, da Lei nº 10.826/03 e a pena foi majorada em 1/2 (metade), passando a 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, resultado definitivo.

Fixado o regime inicial semiaberto, com base no art. 33, *caput*, e § 1º, *b*, do Código Penal.

Aplicada a pena de 40 (quarenta) dias-multa, decorrente do valor mínimo de 10 (dez) acrescido de 30 (trinta) dias-multa em razão da presença de uma circunstância judicial desfavorável, fixado o valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Não houve substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O réu apela para que seja reduzida a pena-base, considerando inadequada sua elevação com fundamento em circunstância relativa a outro processo e não descrita pela denúncia.

Não lhe assiste razão.

No tocante à culpabilidade, a conduta do acusado é de reprovabilidade mais significativa que o ordinário haja vista ter desrespeitado a condição judicial que o proibia de frequentar local onde houvesse o manuseio de armamentos. A circunstância foi descrita pela denúncia e enseja, no caso, o agravamento da resposta penal.

Impõe-se, embora desprovido o recurso do réu, verificar a dosimetria. Com efeito, o provimento parcial do recurso ministerial enseja a condenação do acusado *também* quanto aos estojos de munição da marca Hornady, calibre .454 Casull, posto que pelo delito do art. 16 da Lei nº 10.826/03. Cumpra, tão somente, analisar se o caso é de reajuste da pena.

A dosimetria não comporta reparos, haja vista que é adequada a fixação da pena-base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis, consistentes na culpabilidade do acusado e a quantidade de objetos ilícitos apreendidos em seu poder, uma arma de fogo e cem estojos de munição. A pena inicial resta, assim, mantida em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Não há circunstâncias agravantes, atenuantes ou causas de diminuição de pena.

Incide a causa de aumento prevista no art. 20, c. c. o art. 6º, da Lei nº 10.826/03. Majorada em 1/2 (metade), a pena passa a 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, resultado que torno definitivo.

Mantido o valor da multa consoante o cálculo da sentença, à míngua de impugnação pelas partes.

Diante da quantidade de pena, é cabível o regime inicial semiaberto, com fundamento no art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

Não cabe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista não estar preenchido o requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

Custas. Réu pobre. Isenção. Ainda que beneficiário da assistência judiciária gratuita, deve ser mantida sua responsabilidade pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência (CPC/15, art. 98, § 2º), ficando, no entanto, sobrestado o pagamento, enquanto perdurar a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade, pelo prazo de 5 (cinco) anos, ocorrendo, após, a extinção da obrigação (CPC/15, art. 98, § 3º). A isenção deverá ser apreciada na fase de execução da sentença, mais adequada para aferir a real situação financeira do condenado.

Execução provisória. HC nº 126.292 do Supremo Tribunal Federal. Esgotamento das vias ordinárias. Em Sessão Plenária, o Supremo Tribunal Federal, em 17.02.16, firmou o entendimento, segundo o qual “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” (STF, HC nº 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.16). A 5ª Turma do TRF da 3ª Região decidiu pela expedição de carta de sentença após esgotadas as vias ordinárias (TRF da 3ª Região, ACr nº 2014.61.19.005575-3, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 06.02.17 e TRF da 3ª Região, ED em ACr nº 2013.61.10.004043-0, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 06.02.17).

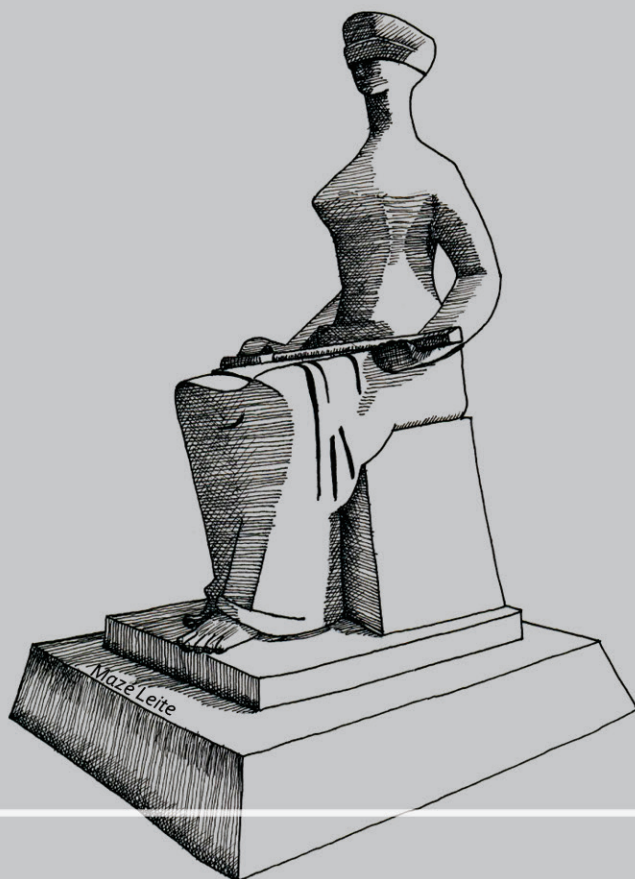
Do caso dos autos. A Procuradoria Regional da República requer a imediata execução da condenação. Esgotadas as vias ordinárias, expeça-se carta de sentença.

Ante o exposto, procedo à *emendatio libelli* (CPP, art. 383) para atribuir ao fato 1 da denúncia a classificação jurídica prevista no art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação do Ministério Público Federal para condenar o réu pela conduta de manter em depósito estojos de munição (fato 1), sem efeitos sobre a dosimetria, de forma que resta mantida a condenação do acusado às penas de 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, regime inicial semiaberto, e 40 (quarenta) dias-multa, valor unitário mínimo, por prática do crime do art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03, e NEGO PROVIMENTO à apelação criminal do réu Peterson Correa.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

Direito Previdenciário



APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0007976-38.2006.4.03.6108
(2006.61.08.007976-6)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: PROCOPIO PIO
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BAURU - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES
Classe do Processo: ApelReex 1329576
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/05/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. REVISÃO DA RMI. SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO. EMPREGADO DOMÉSTICO. RECOLHIMENTO DAS ACONTRIBUIÇÕES A CARGO DO EMPREGADOR. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. MANUAL DE CÁLCULOS NA JUSTIÇA FEDERAL E LEI Nº 11.960/2009. HONORÁRIOS DE ADVOGADO.

1. Após a edição da Lei nº 5.859/72 o empregado doméstico passou a ser tido como segurado obrigatório, sendo indispensável o recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias, a cargo do empregador, para que o tempo laborado seja computado para efeito de carência.

2. O art. 36 da Lei de Benefícios impôs ao empregado doméstico condição mais gravosa que aquelas impostas aos segurados obrigatórios comuns, ferindo os princípios da igualdade e da equivalência das contribuições, posto que o art. 79, I, da Lei 3.807/60 e atualmente o art. 30, I, *a*, da Lei 8212/91, dispõem que o recolhimento das contribuições previdenciárias cabe ao empregador, não havendo qualquer distinção entre o empregado doméstico e os demais, razão pela qual não se pode punir o empregado urbano pela ausência de tais recolhimentos, devendo ser computado o período laborado e comprovado para fins de carência, independentemente de indenização aos cofres da Previdência.

3. Faz jus a parte autora à revisão do valor da RMI de seu benefício devendo o INSS considerar as remunerações constantes da CTPS, para efeito de salário de contribuição, independentemente da prova do recolhimento das contribuições previdenciárias.

4. Considerando que a ação foi ajuizada após o prazo de 5 anos contado do término do processo administrativo, ainda que o termo inicial do pagamento das diferenças tenha sido fixado na data da concessão do benefício, o pagamento das parcelas vencidas deve observar a prescrição quinquenal, nos termos do artigo 103, § único, da Lei nº 8.213/91.

5. 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. Correção de ofício.

6. Honorários de advogado fixados em 10% do valor da condenação. Artigo 20, §§ 3º e 4º, Código de Processo Civil/73 e Súmula nº 111 do STJ.

7. Sentença corrigida de ofício. Apelação do INSS e remessa necessária 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, corrigir, de ofício, a sentença para fixar os critérios de atualização do débito e dar parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de abril de 2017.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

Trata-se de ação em que se pleiteia a revisão da RMI de aposentadoria por tempo de contribuição, mediante o cômputo dos salários de contribuição constantes da anotação na CTPS, considerando tratar-se de período como empregado doméstico.

A sentença julgou procedente o pedido determinando ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a revisão do valor da RMI do benefício da parte autora devendo considerar como salário de contribuição a remuneração constante de sua CTPS, independentemente da prova do recolhimento das contribuições previdenciárias, condenando-o, em consequência, ao pagamento das diferenças vencidas a partir de 24/08/01, corrigidas monetariamente desde os vencimentos e acrescidas de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação. Condenou o réu, também, ao pagamento de honorários de advogado, fixados em 15% do valor da condenação, considerado como termo final desta a data da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do C. STJ.

Foi determinada, ainda, em sede de antecipação de tutela, a revisão imediata do benefício.

Sentença submetida à remessa necessária.

Apela o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, alegando, que o segurado não comprovou o recolhimento das contribuições previdenciárias, razão pela qual seu benefício, concedido em 01 salário mínimo, somente poderá ser revisto por ocasião da comprovação do recolhimento das contribuições, o que não ocorreu no âmbito administrativo. Subsidiariamente, requer a reforma da sentença em relação aos honorários advocatícios, cujo percentual deverá ser reduzido.

Contrarrazões pela parte apelada, pugnando pela manutenção da sentença.

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.

Anteriormente à Lei nº 5.859/72 a empregada doméstica não era considerada segurada obrigatória da Previdência Social. Somente com a edição da lei supracitada é que foram assegurados à doméstica os benefícios da previdência, nos seguintes termos:

Art. 4º - Aos empregados domésticos são assegurados os benefícios e serviços da Lei Orgânica da Previdência Social na qualidade de segurados obrigatórios.

Para o custeio de tais benefícios foram estabelecidas contribuições a cargo do empregador e do empregado. É o que dispõe o artigo 5º da Lei nº 5.859/72:

Art. 5º - Os recursos para o custeio do plano de prestações provirão das contribuições abaixo, a serem recolhidas pelo empregador até o último dia do mês seguinte àquele a que se referirem e incidentes sobre o valor do salário-mínimo da região:

I - 8% (oito por cento) do empregador;

II - 8% (oito por cento) do empregado doméstico.

Em outras palavras, antes da vigência da citada lei, não havia fonte de custeio para o pagamento de benefícios previdenciários aos empregados domésticos, não estando eles protegidos pelo sistema previdenciário.

Após a edição da Lei nº 5.859/72 o empregado doméstico passou a ser tido como segurado obrigatório, sendo indispensável o recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias, *a cargo do empregador*, para que o tempo laborado seja computado para efeito de carência.

Contudo, para o empregado doméstico, a Lei 8.213/91 dispôs especificamente, em seu artigo 36, que àquele (empregado doméstico) que não comprovar o recolhimento das contribuições previdenciárias será concedido o benefício de valor mínimo, sendo recalculada a renda quando comprovados os recolhimentos.

Verifica-se que o art. 36 da Lei de Benefícios impôs ao empregado doméstico condição mais gravosa que aquelas impostas aos segurados obrigatórios comuns, ferindo os princípios da igualdade e da equivalência das contribuições, posto que o art. 79, I, da Lei 3.807/60 e atualmente o art. 30, I, *a*, da Lei 8212/91, dispõem que o recolhimento das contribuições previdenciárias cabe ao empregador, não havendo qualquer distinção entre o empregado doméstico e os demais, razão pela qual não se pode punir o empregado urbano pela ausência de tais recolhimentos, devendo ser computado o período laborado e comprovado para fins de carência, independentemente de indenização aos cofres da Previdência. Nesse sentido, TRF3, 10ª Turma, AC 1122771/SP, v.u., Rel. Des. Federal Jediael Galvão, D 13/02/2007, DJU 14/03/2007, p. 633.

Ademais, o provável intuito do legislador ao introduzir o art. 36 foi o de garantir ao empregado doméstico renda mínima, nas hipóteses em que não fosse possível aferir suas remunerações.

No entanto, no caso dos autos, é plenamente possível aferir o valor das remunerações do segurado, vez que constam devidamente anotadas na CTPS às fls. 96/97.

Neste contexto, faz jus a parte autora à revisão pretendida, devendo o INSS proceder à revisão do valor da RMI de seu benefício devendo considerar as remunerações constantes de sua CTPS, para efeito de salário de contribuição, independentemente da prova do recolhimento das contribuições previdenciárias.

São devidas as diferenças decorrentes do recálculo da RMI desde a data da concessão do benefício em 01/12/99.

Contudo, considerando que a ação foi ajuizada após o prazo de 5 anos contado do término do processo administrativo, ainda que o termo inicial do pagamento das diferenças tenha sido fixado na data da concessão do benefício, o pagamento das parcelas vencidas deve observar a prescrição quinquenal, nos termos do artigo 103, § único, da Lei nº 8.213/91.

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 Nº 9.494/97. APLICAÇÃO IMEDIATA. ART. 5º DA LEI Nº 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 para o cálculo dos juros de mora aplicam-se os critérios estabelecidos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação. Quanto à correção monetária, acompanho o entendimento firmado pela Sétima Turma no sentido da aplicação do Manual de Cálculos, naquilo que não conflitar como o disposto na Lei nº 11.960/2009, aplicável às condenações impostas à Fazenda Pública a partir de 29 de junho de 2009.

Com relação aos honorários de advogado, estes devem ser fixados em 10% do valor da condenação, consoante entendimento desta Turma e artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Civil de 1973, aplicável ao caso concreto eis que o recurso foi interposto na sua vi-

gência, considerando as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça, não se aplicando, também, as normas dos §§ 1º a 11º do artigo 85 do CPC/2015, inclusive no que pertine à sucumbência recursal, que determina a majoração dos honorários de advogado em instância recursal (Enunciado Administrativo nº 7/STJ).

Ante o exposto, de ofício, corrijo a sentença para fixar os critérios de atualização do débito e dou parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial apenas para fixar a verba honorária nos termos acima explicitados.

É como voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL**0001248-11.2012.4.03.6127****(2012.61.27.001248-8)**

Agravante: MOACIR BOVO

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 116/119

Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO

Classe do Processo: AC 1868281

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/04/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. MAL DE ALZHEIMER. CARÊNCIA E INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE QUESTÕES INCONTROVERSAS. QUALIDADE DE SEGURADO. RECOLHIMENTO DE MAIS DE 120 CONTRIBUIÇÕES. PERÍODO DE GRAÇA. PRORROGAÇÃO. AGRAVAMENTO DA DOENÇA. PREEXISTÊNCIA AFASTADA. REQUISITOS PREENCHIDOS. BENEFÍCIO CONCEDIDO. RECURSO DO AUTOR PROVIDO.

1 - Carência de 12 (doze) meses preenchida, considerando os vínculos empregatícios constantes da CTPS.

2 - Incapacidade total e permanente para o trabalho comprovada por meio do laudo pericial, o qual diagnosticou o autor como portador de doença degenerativa do sistema nervoso central (demência neurológica/Mal de Alzheimer).

3 - Preservada a qualidade de segurado do requerente quando do surgimento da doença, tendo em vista a data de rescisão do contrato de trabalho, bem como a prorrogação, por mais doze meses, do período de graça, considerada a existência de mais de 120 recolhimentos (art. 15, §1º, da Lei nº 8.213/91).

4 - Ao se submeter a exame médico (19 de julho de 2012), o autor apresentava “*déficit cognitivo moderado*”, o que revela um lento processo de progressão da doença, desde seu aparecimento em 2003, tendo o *expert* consignado, na oportunidade, “*piora progressiva, em tratamento desde 2012*”.

5 - Pelas máximas de experiência, o Mal de Alzheimer se inicia com uma leve e episódica alteração comportamental, evoluindo até o comprometimento total do déficit cognitivo.

6 - A gênese dos primeiros sintomas dessa doença não inviabiliza o desempenho da atividade laborativa, razão pela qual o autor, por ocasião de sua contratação em 1º de abril de 2010, ainda se achava na plenitude do exercício profissional, preservada sua higidez física e mental.

7 - Preenchidos os requisitos necessários à concessão da aposentadoria por invalidez.

8 - Critérios de fixação dos consectários legais mantidos na forma da r. sentença de primeiro grau, à míngua de impugnação do INSS, no particular.

9 - Agravo legal do autor provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento ao agravo legal do autor, nos termos do voto condutor que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de dezembro de 2015.

Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora).

Trata-se de agravo interposto nos termos do artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, contra a decisão de fls. 116-119, que negou seguimento ao agravo retido e deu provimento à apelação para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido. Revogada a antecipação dos efeitos da tutela concedida.

Aduz que o postulante comprovou os requisitos para a concessão do benefício, razão pela qual requer a reconsideração da decisão agravada, ou, sendo mantida, que o feito seja levado em mesa para julgamento do agravo.

É o relatório.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora).

Corolário do princípio da celeridade processual, os poderes conferidos ao relator, pelo artigo 557, do Código de Processo Civil, permitem o julgamento singular do próprio mérito do recurso:

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

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

In casu, trata-se de agravo interposto nos termos do artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, contra a decisão de fls. 116-119, que negou seguimento ao agravo retido e deu provimento à apelação para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido. Revogada a antecipação dos efeitos da tutela concedida.

Às fls. 116-119, assim foi decidido:

Ação proposta por Moacir Bovo em 26.04.2012, objetivando a concessão de aposentadoria por invalidez ou de auxílio-doença, desde a data da incapacidade laboral. Requerida a antecipação dos efeitos da tutela.

Rejeitada a antecipação dos efeitos da tutela, o autor interpôs agravo de instrumento contra a decisão, o qual foi convertido em retido.

Sentença de procedência. INSS condenado ao pagamento de aposentadoria por invalidez ao autor, desde a data do requerimento administrativo (02.03.2012), e abono anual, observados os critérios previstos na Lei nº 8.213/91. Antecipação dos efeitos da tutela concedida. Determinado o pagamento das prestações vencidas, descontados valores pagos administrativamente ou por força da antecipação da tutela, com correção monetária desde as datas dos vencimentos das prestações, e de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação até 30.06.2009, observado, a partir de então, o disposto artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Honorários advocatícios fixados em 10% do valor das parcelas vencidas até a sentença. Custas na forma da lei. Sentença registrada em 28.02.2013, não submetida a reexame necessário.

O INSS apelou, requerendo o recebimento do recurso no duplo efeito e pleiteando a integral reforma da sentença, porquanto a incapacidade preexistia ao reingresso do autor ao RGPS.

Com contrarrazões.

Decido.

Corolário do princípio da celeridade processual, os poderes conferidos ao relator pelo artigo 557 do Código de Processo Civil, permitem o julgamento singular do próprio mérito do recurso, *in verbis*:

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

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.”

No tocante ao agravo retido interposto pelo autor, verifico que não requereu expressamente sua apreciação pelo Tribunal, razão pela qual dele não conheço, nos termos do § 1º, do artigo 523, do Código de Processo Civil.

O recurso não merece ser conhecido no que respeita ao pedido de atribuição de efeito suspensivo, porquanto inadequada a via eleita pelo recorrente. Nos exatos termos do artigo 522 do Código de Processo Civil, contra a decisão que estipula os efeitos em que a apelação é recebida cabe agravo.

Os requisitos da aposentadoria por invalidez encontram-se preceituados nos artigos 42 e seguintes da Lei nº 8.213/91 e consistem na qualidade de segurado, incapacidade total e permanente para o trabalho e cumprimento da carência, quando exigida. O auxílio-doença, por sua vez, tem seus pressupostos previstos nos artigos 59 e seguintes do mesmo diploma legal, sendo concedido nos casos de incapacidade temporária.

No tocante à qualidade de segurado, conforme CTPS e informações do CNIS, manteve vínculos empregatícios nos períodos de 01.09.1977 a 30.06.1988, 01.07.1988 a 11.07.1994, 26.09.1994 a 05.06.1995, 02.01.1997 a 30.09.1997, 20.01.1998 a 08.09.1998, 28.09.1998 a 20.01.1999, 01.05.1999 a 25.05.2001, 30.05.2001 a 30.03.2002, 01.04.2010 a 29.10.2010 e a partir de 01.06.2011, com última remuneração percebida em 02/2012 (fls. 17-20 e 53).

Considerando-se apenas o momento em que ajuizada a ação (26.04.2012), poder-se-ia reconhecer a qualidade de segurado ao autor.

Análise mais aprofundada demonstra, contudo, a inviabilidade de se atender à sua pretensão. Isto porque, não obstante a existência de vínculo com a Previdência em fevereiro de 2012, verifica-se que o reingresso do autor ao sistema ocorreu quando já incapacitado, circunstância que impede a concessão dos benefícios por incapacidade, nos termos do disposto nos artigos 42, parágrafo 2º, e 59, parágrafo único, ambos da Lei nº 8.213/91.

A perícia constatou a incapacidade total e permanente do postulante para o trabalho, em virtude de demência neurológica, com déficit cognitivo progressivo e irreversível. Concluiu encontrar-se incapacitado para o trabalho de forma total e permanente (fls. 59-63).

Em laudo complementar, o perito informou:

“A doença de Alzheimer é uma doença degenerativa do sistema nervoso central, e seu diagnóstico é exclusivamente clínico, não havendo exames diagnósticos que possam comprovar com certeza a presença ou ausência da patologia. O autor foi diagnosticado em 2003 com o mal. Por ser de caráter progressivo, a incapacidade ocorreu por volta de 2010, segundo informações colhidas, ou seja, de 2003 a 2010, o autor ainda possuía capacidade cognitiva. E o tratamento efetivamente (para controle e não cura), iniciou-se em 2012”. (fls. 78)

A data de início da incapacidade, apontada pelo acompanhante do autor, coincide com o retorno deste ao RGPS, com vínculo empregatício mantido com parente, na empresa “Mauro da Silva Bovo ME”, após 8 anos sem contribuir.

A hipótese dos autos não se insere na previsão do parágrafo único do artigo 24 da Lei nº 8.213/91, porquanto evidenciado tratar-se o referido dispositivo de reingresso de segurado apto ao trabalho, que venha a ser atingido pelo evento incapacitante após a nova filiação.

Nesse sentido:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE PREEXISTENTE AO REINGRESSO. CARÊNCIA.

- Sentença submetida a reexame necessário. Descabimento em virtude de o montante devido entre a data do ajuizamento e a sentença ser inferior a 60 (sessenta) salários mínimos. Artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil.

- Agravo retido não conhecido porquanto não interposto referido recurso.

- Satisfeitos os requisitos legais previstos no artigo 42 da Lei nº 8.213/91 - quais sejam, qualidade de segurado, incapacidade e cumprimento do período de carência (12 meses) - seria de rigor, em tese, a concessão da aposentadoria por invalidez.

- A comprovação da preexistência de incapacidade ao reingresso à Previdência inviabiliza, no caso, a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez e de auxílio-doença.

- Honorários advocatícios arbitrados, em favor da autarquia, em 10% sobre o valor atribuído à causa, atualizado desde o ajuizamento da ação, observando-se o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50, por ser a autora beneficiária da justiça gratuita.

- Honorários periciais fixados em R\$ 234,80 (duzentos e trinta e quatro reais e oitenta centavos), nos termos da Resolução nº 440, de 30.05.2005, do Conselho da Justiça Federal, com observância do artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

- Apelação a que se dá provimento para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos. Remessa oficial não conhecida.”

(TRF 3ª Região, AC nº 1075662, Rel. Ana Pezarini, 8ª Turma, DJU 29.05.2006)

“PREVIDENCIÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - PRELIMINAR - INÉPCIA DA INICIAL - REJEIÇÃO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO - REFILIAÇÃO -DOENÇA PREEXISTENTE - ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

I- Não há que se falar em inépcia da inicial por falta de especificação dos locais de trabalho onde a autora teria exercido suas atividades laborativas, tampouco especificação da doença que está acometida, haja vista que tais fatos devem ser analisados na fase de instrução, não sendo requisito necessário previsto nos artigos 282 e 283 do CPC.

II- Ainda que se considerasse a refiliação da autora à Previdência pelo período necessário de 1/3 do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido, posto que contava com dez meses de contribuição (12/78 a 09/79), esta se deu posteriormente à sua doença, não restando demonstrada a ocorrência de agravamento ou progressão da moléstia, já que o laudo médico pericial traz como início de sua incapacidade a data de 07.09.2000, sendo certo ainda que a própria autora asseverou, em depoimento pessoal, que não conseguiu mais laborar a partir de 2000, evidenciando-se que seu mal incapacitante seria preexistente à sua refiliação.

III - Por se tratar de beneficiária da justiça gratuita, incabível a condenação da autora nos ônus de sucumbência.

IV - Preliminar argüida pelo réu rejeitada. Remessa Oficial e Apelação do réu providas.” (TRF 3ª Região, AC nº 1034209, Relator Sérgio Nascimento, Décima Turma, DJU 19/10/2005, p. 699).

“PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. PREENSISTÊNCIA DA INCAPACIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

- Seja porque a incapacidade laborativa atingiu a parte autora quando esta não mais ostentava a condição de segurada, seja porque o evento incapacitante é preexistente ao seu reingresso no RGPS, deve ser indeferido o pedido de concessão de auxílio-doença.

- Apelo do INSS provido, com a declaração de improcedência da demanda”.

(TRF 4ª Região, AC nº 538386, Relator Otávio Roberto Pamplona, v.u., DJU data: 04/05/2005 p. 763).

Desconsiderados os vínculos mantidos a partir de 2010, clara a perda da qualidade de segurado. O prazo de doze meses, previsto no artigo 15 da Lei nº 8.213/91, foi excedido, eis que o vínculo anterior foi rescindido em 30.03.2002, tendo ajuizado a ação somente em 26.04.2012, não sendo hipótese de dilação nos termos dos parágrafos 1º e 2º do dispositivo retromencionado.

Inviabilizada, ainda, a aplicação do parágrafo 1º do artigo 102 da Lei 8.213/91, porquanto, embora o diagnóstico da patologia retroaja a 2003, a perda da capacidade cognitiva ocorreu somente em 2010, ocasião em que o apelado já havia perdido a qualidade de segurado.

Assim, a incapacidade laborativa atingiu o apelado quando este não mais ostentava a qualidade de segurado e sua nova filiação ocorreu após o advento da patologia incapacitante, razão pela qual não há como se conceder os benefícios pleiteados.

Destarte, a decisão impugnada merece ser reformada, porque em desacordo com entendimento jurisprudencial do C. Superior Tribunal de Justiça, conforme precedente que segue:

“RECURSO ESPECIAL Nº 869.604 - SP (2006/0160702-9)

RELATOR: MINISTRO NILSON NAVES

RECORRENTE: JORGE FRANCISCO MARQUES

ADVOGADO: ROBERTO MIRANDOLA

RECORRIDO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: ANTÔNIO AMIN JORGE E OUTROS

DECISÃO

Cuida-se de recurso especial interposto contra acórdão assim ementado:

‘Previdenciário - Concessão - aposentadoria por invalidez - Doença preexistente à filiação.

1. O esgotamento da via administrativa não é condição da ação de natureza previdenciária. Inteligência da Súmula 213 do extinto TFR e 09 desta E. Corte. Preliminar de carência de ação que se rejeita.

2. A preexistência do mal incapacitante à filiação previdenciária obsta o deferimento da aposentadoria por invalidez, a teor do disposto no art. 42, § 2º, da Lei 8.213/91.

3. Apelação e remessa oficial providas.’

Eis o que disse o Relator no voto: (I) ‘verifico que às fls. 14/16, o recolhimento de 12 contribuições previdenciárias pelo autor entre 08/96 e 07/97, na condição de facultativo (fls. 13). Esclareço que estes são os únicos documentos a comprovar o vínculo previdenciário do requerente’; (II) ‘o laudo judicial (fls. 40/43), realizado em 19/03/98, demonstrou a incapacidade total e permanente do autor e afirmou que os seus males datam de “mais de quatro anos, sempre apresentando sintomas de gravidade com tonteiras no trabalho”’;

(III) ‘infere-se, portanto, que o apelado já era portador da doença incapacitante, quando adquiriu a qualidade de segurado perante a Previdência Social’; e

(IV) ‘nesse passo, considerando-se o exposto, é forçoso concluir pela procedência da ação, já que os fatos constantes dos autos são claros em apontar que o autor já estava incapacitado à

época do início dos recolhimentos que lhe atribuíram a condição de segurado’.

Daí o recurso especial de fls. 105/115, no qual alega o autor afronta aos arts. 42, § 2º, e 59 da Lei nº 8.213/91, além de divergência jurisprudencial, pois, ‘nos casos em que se verifica o agravamento da doença após o início das contribuições para (...) a Previdência, é de se conceder o benefício de aposentadoria por invalidez ora pleiteado’.

Conquanto tenha sido admitido na origem, não há como dar seguimento ao especial.

É certo que o Superior Tribunal firmou entendimento segundo o qual a doença preexistente à filiação do segurado à previdência social conferirá direito à aposentadoria por invalidez, desde que fique comprovado que a incapacidade sobreveio em razão do agravamento da doença. Ocorre que, no caso dos autos, o Tribunal Regional disse claramente que *‘o autor já estava incapacitado à época do início dos recolhimentos que lhe atribuíram a condição de segurado’*. Ora, não restando demonstrado que a invalidez deu-se por progressão da moléstia, era mesmo indevido o benefício. Assim, impossível mudar a conclusão de origem em razão do óbice da Súmula 7. Por derradeiro, não foi comprovada a alegada divergência nos moldes exigidos pelos arts. 541, parágrafo único, do Cód. de Pr. Civil e 255, § 2º, do Regimento. De um lado, a mera transcrição de ementas nas razões do especial não se presta a comprovar o dissenso entre julgados. De outro, não há falar em dissídio jurisprudencial quando o acórdão recorrido não guarda similitude fática com os paradigmas, como é de ver dos trechos transcritos.

Tal o contexto, com fundamento no *caput* do art. 557 do Cód. de Pr. Civil, nego seguimento ao recurso especial.

Publique-se.

Brasília, 31 de outubro de 2006.

Ministro Nilson Naves

Relator” (grifo)

Constata-se que o julgado ressalta a indispensabilidade de prova de que a incapacidade sobreveio em razão do agravamento da doença e tal circunstância não se verificou, retornando, ao RGPS, o segurado, - que havia perdido tal condição - quando já incapacitado.

Dessa forma, a sentença encontra-se em manifesto confronto com entendimento jurisprudencial dominante do Superior Tribunal de Justiça.

Por se tratar de beneficiário da assistência judiciária gratuita, deixo de condenar o autor ao pagamento da verba honorária e custas processuais, consoante entendimento firmado pela Terceira Seção desta Corte (AR nº 2002.03.00.014510-0/SP, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, v.u., j. 10.05.06; AR nº 96.03.088643-2/SP, Rel. Des. Fed. Vera Jucovsky, v.u., j. 24.05.06).

Condeno o autor ao pagamento de honorários periciais, fixados em R\$ 234,80 na decisão de fls. 64, com a observância do artigo 12 da Lei nº 1.060/50, tendo em vista que, julgada improcedente o pedido, seu pagamento correrá às custas dos recursos vinculados ao custeio da assistência judiciária.

Posto isso, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao agravo retido e dou provimento à apelação para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido. Autor condenado ao pagamento de honorários periciais, fixados em R\$ 234,80, observado o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50. Revogo a antecipação dos efeitos da tutela concedida.

Assim sendo, a decisão impugnada merece ser mantida, quer porque manifestamente improcedente a pretensão recursal, quer porque amparada em entendimento jurisprudencial do C. Superior Tribunal de Justiça, conforme precedente que segue:

RECURSO ESPECIAL Nº 869.604 - SP (2006/0160702-9)

RELATOR: MINISTRO NILSON NAVES

RECORRENTE: JORGE FRANCISCO MARQUES

ADVOGADO: ROBERTO MIRANDOLA

RECORRIDO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: ANTÔNIO AMIN JORGE E OUTROS
DECISÃO

Cuida-se de recurso especial interposto contra acórdão assim ementado:

“Previdenciário - Concessão - aposentadoria por invalidez - Doença preexistente à filiação.

1. O esgotamento da via administrativa não é condição da ação de natureza previdenciária. Inteligência da Súmula 213 do extinto TFR e 09 desta E. Corte. Preliminar de carência de ação que se rejeita.

2. A preexistência do mal incapacitante à filiação previdenciária obsta o deferimento da aposentadoria por invalidez, a teor do disposto no art. 42, § 2º, da Lei 8.213/91.

3. Apelação e remessa oficial providas”.

Eis o que disse o Relator no voto:

(I) “verifico que às fls. 14/16, o recolhimento de 12 contribuições previdenciárias pelo autor entre 08/96 e 07/97, na condição de facultativo (fls. 13). Esclareço que estes são os únicos documentos a comprovar o vínculo previdenciário do requerente”;

(II) “o laudo judicial (fls. 40/43), realizado em 19/03/98, demonstrou a incapacidade total e permanente do autor e afirmou que os seus males datam de ‘mais de quatro anos, sempre apresentando sintomas de gravidade com tonteiras no trabalho’”;

(III) “infere-se, portanto, que o apelado já era portador da doença incapacitante, quando adquiriu a qualidade de segurado perante a Previdência Social”; e

(IV) “nesse passo, considerando-se o exposto, é forçoso concluir pela procedência da ação, já que os fatos constantes dos autos são claros em apontar que o autor já estava incapacitado à época do início dos recolhimentos que lhe atribuíram a condição de segurado”.

Daí o recurso especial de fls. 105/115, no qual alega o autor afronta aos arts. 42, § 2º, e 59 da Lei nº 8.213/91, além de divergência jurisprudencial, pois, “nos casos em que se verifica o agravamento da doença após o início das contribuições para (...) a Previdência, é de se conceder o benefício de aposentadoria por invalidez ora pleiteado”.

Conquanto tenha sido admitido na origem, não há como dar seguimento ao especial.

É certo que o Superior Tribunal firmou entendimento segundo o qual a doença preexistente à filiação do segurado à previdência social conferirá direito à aposentadoria por invalidez, desde que fique comprovado que a incapacidade sobreveio em razão do agravamento da doença. Ocorre que, no caso dos autos, o Tribunal Regional disse claramente que “o autor já estava incapacitado à época do início dos recolhimentos que lhe atribuíram a condição de segurado”. Ora, não restando demonstrado que a invalidez deu-se por progressão da moléstia, era mesmo indevido o benefício. Assim, impossível mudar a conclusão de origem em razão do óbice da Súmula 7. Por derradeiro, não foi comprovada a alegada divergência nos moldes exigidos pelos arts. 541, parágrafo único, do Cód. de Pr. Civil e 255, § 2º, do Regimento. De um lado, a mera transcrição de ementas nas razões do especial não se presta a comprovar o dissenso entre julgados. De outro, não há falar em dissídio jurisprudencial quando o acórdão recorrido não guarda similitude fática com os paradigmas, como é de ver dos trechos transcritos. Tal o contexto, com fundamento no caput do art. 557 do Cód. de Pr. Civil, nego seguimento ao recurso especial.

Publique-se.

Brasília, 31 de outubro de 2006.

Ministro Nilson Naves

Relator (grifo)

Constata-se que o julgado ressalta a indispensabilidade de prova de que a incapacidade sobreveio em razão do agravamento da doença e, como registrado na decisão agravada, tal circunstância não se verificou.

Dessa forma, a sentença encontrava-se em manifesto confronto com entendimento jurisprudencial dominante do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, aplicável ao caso a autorização legal de julgamento monocrático, prevista no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO:

Em sessão de julgamento realizada em 16 de março de 2015, a Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal Therezinha Cazerta proferiu voto no sentido de negar provimento ao agravo legal interposto pelo autor, mantendo a decisão monocrática que não conheceu do agravo retido e dera pela improcedência do pedido de concessão do benefício de aposentadoria por invalidez.

Acompanhando-a quanto ao não conhecimento do agravo retido, dirijo, contudo, do entendimento manifestado pela eminente Relatora, uma vez que entendo preenchidos os requisitos necessários à concessão do benefício por incapacidade.

No caso em apreço, a carência de 12 (doze) meses restou incontroversa, considerados os vínculos empregatícios constantes da CTPS de fls. 17/20.

A incapacidade total e permanente para o trabalho, de igual forma, não fora objeto de insurgência, na medida em que diagnosticado o autor como portador de doença degenerativa do sistema nervoso central (demência neurológica/Mal de Alzheimer).

Controvertem as partes, portanto, acerca da qualidade de segurado do autor, decorrente da alegada preexistência da doença por ocasião de seu reingresso no RGPS.

Registro que a CTPS do requerente revela a existência de vínculos empregatícios contínuos no período de setembro de 1977 a março de 2002, com reinserção no mercado de trabalho em 1º de abril de 2010, onde permaneceu empregado até 29 de outubro do mesmo ano e, posteriormente, admitido em 1º de junho de 2011, sem data informada de rescisão (fls. 17/20).

Observe, porque de todo oportuno, que referido histórico laboral não pode ser desprezado, posto que conta, até março de 2002, com recolhimentos por tempo superior a 22 (vinte e dois) anos.

Não se cuida, aqui, de filiação fugaz.

Pois bem. O exame pericial de fls. 59/63, malgrado não tenha informado a data exata do início da doença (quesito do Juízo nº 01), *estimou seu aparecimento no ano de 2003* (quesito do INSS nº 03).

A assim se considerar, cai por terra a alegação da autarquia no sentido da perda da qualidade de segurado. Como se vê, o vínculo empregatício mantido pelo demandante junto à Corso Cia. Ltda. perdurou até 30 de março de 2002. Por consequência, conservou a qualidade de segurado até, pelo menos, 30 de março de 2004, levando-se em conta os 12 meses previstos no art. 15, II, da Lei nº 8.213/91, além da prorrogação, por igual período, contemplada no § 1º do artigo em questão, já que vertidas mais de 120 contribuições em período antecedente.

Superada a questão da perda da qualidade de segurado, remanesce o argumento da preexistência do mal incapacitante quando da reafiliação do segurado em 1º de abril de 2010. E, no ponto, o argumento do INSS, uma vez mais, não prospera.

Rememore-se que, ao se submeter a exame médico (19 de julho de 2012), o autor apresentava “*déficit cognitivo moderado*”, o que revela um lento processo de progressão da doença, desde seu aparecimento em 2003, tendo o *expert* consignado, na oportunidade, “piora progressiva, em tratamento desde 2012”.

Cabe, aqui, uma reflexão. Pelas máximas de experiência, sabe-se que o Mal de Alzheimer se inicia com uma leve e episódica alteração comportamental, evoluindo até o comprometimento total do déficit cognitivo. Pode-se afirmar, daquilo que contém o exame pericial, que o autor se achava em uma situação “intermediária” à época (2012), tendo, a partir de então, iniciado o tratamento.

Bem por isso, entendo que a gênese dos primeiros sintomas dessa doença não inviabiliza o desempenho da atividade laborativa, razão pela qual não tenho dúvidas de que, por ocasião de sua contratação em 1º de abril de 2010, o mesmo ainda se achava, senão na plenitude do exercício profissional, ao menos com sua higidez física e mental preservada para tanto.

Dito isso, tenho por preenchidos os requisitos necessários à concessão da aposentadoria por invalidez.

Crítérios de fixação dos consectários legais mantidos na forma da r. sentença de primeiro grau, à míngua de impugnação do INSS, no particular.

Ante o exposto, divirjo da ilustre Relatora, com a devida venia, e pelo meu voto, dou provimento ao agravo legal oposto pelo autor para tornar insubsistente a decisão agravada. Em novo julgamento, não conheço do agravo retido oposto pelo autor, nego provimento à apelação do INSS e mantenho integralmente a r. sentença de primeiro grau.

Restabeleço os efeitos da tutela antecipada concedida. Oficie-se ao INSS.

É como voto.

Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO - Relator para o Acórdão

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA: Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão monocrática proferida pela E. Relatora que, nos autos da ação visando à concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio doença, negou seguimento ao agravo retido e deu provimento à apelação do INSS para julgar improcedente o pedido, revogando a tutela antecipada anteriormente concedida.

Na sessão de 16/3/15, a E. Desembargadora Federal Relatora Therezinha Cazerta negou provimento ao agravo legal da parte autora, sendo que o E. Juiz Federal Convocado Carlos Delgado deu-lhe provimento para negar provimento ao agravo retido e à apelação.

Tomei a liberdade de pedir vista dos presentes autos a fim de melhor analisar a possibilidade (ou não) de concessão da aposentadoria por invalidez ou auxílio doença.

Nos exatos termos do art. 42 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

§ 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de inca-

pacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança.

§ 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Com relação ao auxílio doença, dispõe o art. 59, *caput*, da referida Lei:

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.

Dessa forma, depreende-se que os requisitos para a concessão da aposentadoria por invalidez compreendem: *a)* o cumprimento do período de carência, quando exigida, prevista no art. 25 da Lei nº 8.213/91; *b)* a qualidade de segurado, nos termos do art. 15 da Lei de Benefícios e *c)* incapacidade definitiva para o exercício da atividade laborativa. O auxílio doença difere apenas no que tange à incapacidade, a qual deve ser temporária.

No que tange ao recolhimento de contribuições previdenciárias, devo ressaltar que, em se tratando de segurado empregado, tal obrigação compete ao empregador, sendo do Instituto o dever de fiscalização do exato cumprimento da norma. Essas omissões não podem ser alegadas em detrimento do trabalhador que não deve - posto tocar às raias do disparate - ser penalizado pela inércia alheia.

Importante deixar consignado, outrossim, que a jurisprudência de nossos tribunais é pacífica no sentido de que não perde a qualidade de segurado aquele que está impossibilitado de trabalhar, por motivo de doença incapacitante.

Feitas essas breves considerações, passo à análise do caso concreto.

In casu, a parte autora cumpriu a *carência* mínima de 12 contribuições mensais, conforme comprova a cópia da sua CTPS e a consulta realizada no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, juntada a fls. 53 e verso, nas quais constam diversos registros de atividades nos períodos de 1º/9/77 a 30/6/88, 1º/7/88 a 11/7/94, 26/9/94 a 5/6/95, 2/1/97 a 30/9/97, 20/1/98 a 8/9/98, 28/9/98 a 20/1/99, 1º/5/99 a 25/5/01, 30/5/01 a 30/3/02, 1º/4/10 a 29/10/10 e 1º/6/11, sem data de saída, com última remuneração em fevereiro de 2012.

A *qualidade de segurado*, igualmente, encontra-se comprovada, tendo em vista que a ação foi ajuizada em 26/4/12, ou seja, no prazo previsto no art. 15, da Lei nº 8.213/91.

Outrossim, a alegada *incapacidade* ficou plenamente demonstrada pela perícia médica, conforme parecer técnico elaborado pelo Perito (fls. 59/63, complementada a fls. 78). Afirmou o esculápio encarregado do exame que o autor é portador de “*doença de Alzheimer, com deficiência cognitiva mista*” (fls. 62). Concluiu que o autor encontra-se total e permanentemente incapacitado para o trabalho.

Com relação à data de início da incapacidade, afirmou o Sr. Perito que “a doença de Alzheimer é uma doença degenerativa do sistema nervoso central, e seu diagnóstico é exclusivamente clínico, não havendo exames diagnósticos que possam comprovar com certeza a presença ou ausência da patologia. O autor foi diagnosticado em 2003 com o mal. Por ser de caráter progressivo, a incapacidade ocorreu por volta de 2010, segundo informações colhidas, ou seja, de 2003 a 2010, o autor ainda possuía capacidade cognitiva. E o tratamento efetivamente (para controle e não cura), iniciou-se em 2012.” (fls. 78). Dessa forma, considero que o

autor possuía a qualidade de segurado quando do advento da incapacidade laborativa.

Ressalto que os registros constantes da CTPS são hábeis para comprovar o efetivo trabalho do autor, tendo em vista a presunção *juris tantum* de que gozam as anotações ali exaradas. Em nenhum momento ficou comprovado nos autos que os dois últimos registros na empresa “*Mauro da Silva Bovo ME*” foram realizados de forma incorreta ou mediante fraude.

Dessa forma, deve ser concedida a aposentadoria por invalidez pleiteada na exordial. Deixo consignado, contudo, que o benefício não possui caráter vitalício, tendo em vista o disposto nos artigos 42 e 101, da Lei nº 8.213/91.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo legal da autora para não conhecer do agravo retido, negar provimento à apelação do INSS e restabelecer a tutela antecipada.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA

APELAÇÃO CÍVEL
0026398-18.2012.4.03.9999
(2012.03.99.026398-8)

Apelante: DAISY MARIA FERRO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA GUARARAPES - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Classe do Processo: AC 1762775
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/04/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE DESAPOSENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. JULGAMENTO, PELO E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO (COM REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL) AFASTANDO A POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA A BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

- O E. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 661.256 (admitido sob o regime da repercussão geral da questão constitucional), em 27/10/2016, firmou posicionamento no sentido de que, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à desaposentação, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 (tema 503 - fixação de tese - conversão de aposentadoria proporcional em aposentadoria integral por meio do instituto da desaposentação - Ata de julgamento nº 35, de 27.10.2016, publicada no DJE nº 237 de 07.11.2016).

- A súmula da decisão relativa à repercussão geral que constar de ata publicada no diário oficial valerá como acórdão (a teor do art. 1.035, § 11, do Código de Processo Civil), situação ocorrente no que tange ao julgamento da desaposentação (nos termos delimitados pela Ata de Julgamento a que foi feita menção).

- Ainda que não haja a correspondência exata entre o que restou pacificado pelo E. Supremo Tribunal Federal e o caso dos autos (possibilidade de averbar o labor apurado pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, quando da concessão de seu atual benefício, para fins de deferimento de futura aposentadoria em decorrência do ingresso em concurso público), imperioso reconhecer a razão que subjaz ao precedente repetitivo no sentido de que é defeso ato de renúncia de benefício sem que haja lei prevendo tal possibilidade, o que se aplica à situação em exame.

- Negado provimento ao recurso de apelação da parte autora.

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 recurso de apelação da parte autora*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de abril de 2017.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Trata-se de apelação interposta pela parte autora (fls. 130/161) em face da r. sentença (fls. 127/128) que julgou improcedente pedido de desaposentação consistente na renúncia de sua atual aposentadoria para averbação futura do tempo de serviço apurado em aposentadoria a ser requerida em decorrência do ingresso em concurso público. Sustenta possuir o direito mencionado sem que, para tanto, tenha o dever de restituir os valores que já recebeu ao longo do tempo.

Subiram os autos sem contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Formula a parte autora pleito de desaposentação com o objetivo de ver suspenso seu atual benefício (aposentadoria por tempo de serviço / contribuição) e deferida a possibilidade de averbar o labor apurado pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS para fins de concessão de futura aposentadoria (em decorrência do ingresso em concurso público).

Com efeito, o E. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 661.256 (admitido sob o regime da repercussão geral da questão constitucional), em 27/10/2016, firmou posicionamento no sentido de que, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à “desaposentação”, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 (tema 503 - fixação de tese - conversão de aposentadoria proporcional em aposentadoria integral por meio do instituto da desaposentação - Ata de julgamento nº 35, de 27.10.2016, publicada no DJE nº 237 de 07.11.2016).

Cumpra salientar, por oportuno, que a súmula da decisão relativa à repercussão geral que constar de ata publicada no diário oficial valerá como acórdão (a teor do art. 1.035, § 11, do Código de Processo Civil), situação ocorrente no que tange ao julgamento da desaposentação (nos termos delimitados pela Ata de Julgamento a que foi feita menção), o que permite a apreciação deste feito e, conseqüentemente, o julgamento de mérito do tema controvertido.

Ainda que não haja a correspondência exata entre o que restou pacificado pelo E. Supremo Tribunal Federal e o caso dos autos (uma vez que o precedente vinculante trata de temática afeta à possibilidade de cômputo de novo período de contribuição após o ato de concessão de aposentadoria proporcional para a transformação em aposentadoria integral enquanto, neste feito, pugna-se pela possibilidade de averbar o labor apurado pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, quando da concessão de seu atual benefício, para fins de deferimento de futura aposentadoria em decorrência do ingresso em concurso público), imperioso reconhecer a razão que subjaz ao precedente repetitivo no sentido de que é defeso ato de renúncia de benefício sem que haja lei prevendo tal possibilidade, o que se aplica à situação em exame.

Em razão do exposto, perfilho do entendimento anteriormente exposto para *não admitir a possibilidade de desaposentação no caso em tela*.

Sucumbente, a parte autora deve ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa, devendo-se observar o disposto no art. 12, da Lei nº 1.060/50. Nesse sentido é o julgado da E. Suprema Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REMUNERAÇÃO TOTAL. SALÁRIO-MÍNIMO. ABONO. BASE DE CÁLCULO. VANTAGENS PESSOAIS. HONORÁRIOS. JUSTIÇA GRATUITA.

1. As questões relativas aos honorários sucumbenciais hão de ser resolvidas na execução do julgado, quando se discutirá se a ausência da condenação, base de cálculo erigida pelo juiz para fixação dos honorários advocatícios, restou ou não inexecutável. Precedentes.

2. Os beneficiários da Justiça gratuita devem ser condenados aos ônus da sucumbência, com a ressalva de que essa condenação se faz nos termos do artigo 12 da Lei 1.060/50 que, como decidido por esta Corte no RE 184.841, foi recebido pela atual Constituição por não ser incompatível com o artigo 5º, LXXIV, da Constituição. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE-AgR 514451, MINISTRO RELATOR EROS GRAU, votação unânime, 2ª TURMA, STF, julgado em 11.12.2007).

DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto por *NEGAR PROVIMENTO ao recurso de apelação da parte autora*, nos termos anteriormente expendidos.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA**0004254-92.2013.4.03.6126****(2013.61.26.004254-3)**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: JOSÉ SILVIO BELLOMI
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Classe do Processo: ApelReex 2058813
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/05/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. CONTRATOS DE TRABALHO REGISTRADOS EM CTPS E NÃO LANÇADOS NO CNIS. ATIVIDADE ESPECIAL. DENTISTA.

1. Os contratos de trabalho registrados em CTPS, independente de constarem ou não dos dados assentados no CNIS, devem ser contados, pela Autarquia Previdenciária, como tempo de contribuição, em consonância com o comando expresso no Art. 19, do Decreto 3.048/99 e no Art. 29, § 2º, letra "d", da Consolidação das Leis do Trabalho.
2. O recolhimento das contribuições previdenciárias decorre de uma obrigação legal que incumbe à autarquia fiscalizar. Não efetuados os recolhimentos pelo empregador, ou não constantes nos registros do CNIS, não se permite que tal fato resulte em prejuízo ao segurado, imputando-se a este o ônus de comprová-los.
3. Até 29/04/95 a comprovação do tempo de serviço laborado em condições especiais era feita mediante o enquadramento da atividade no rol dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79. A partir daquela data até a publicação da Lei 9.528/97, em 10/12/1997, por meio da apresentação de formulário que demonstre a efetiva exposição de forma permanente, não ocasional nem intermitente, a agentes prejudiciais a saúde ou a integridade física. Após 10/12/1997, tal formulário deve estar fundamentado em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, assinado por médico do trabalho ou engenheiro do trabalho. Quanto aos agentes ruído e calor, o laudo pericial sempre foi exigido.
4. O uso do equipamento de proteção individual - EPI pode ser insuficiente para neutralizar completamente a nocividade a que o trabalhador esteja submetido. (STF, ARE 664335/SC, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, j. 04/12/2014, DJe-029 DIVULG 11/02/2015 Public 12/02/2015).
5. Possibilidade de conversão de atividade especial em comum, mesmo após 28/05/98.
6. Admite-se como especial a atividade de dentista, com exposição a agentes biológicos, como previsto no item 2.1.3 do Decreto 53.831/64 e itens 1.3.4 do Anexo I e 2.1.3 do Anexo II do Decreto 83.080/79.
7. A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal e, no que couber, observando-se o decidido pelo e. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.

8. Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme entendimento consolidado na c. 3ª Seção desta Corte (AL em EI nº 0001940-31.2002.4.03.610). A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.
9. Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC, e a Súmula 111, do e. STJ.
10. Remessa oficial provida em parte e apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 25 de abril de 2017.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Trata-se de remessa oficial e apelação em ação de conhecimento, em que se pleiteia a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, mediante o reconhecimento do período comum de 02.04.73 a 06.09.74 e especial de 01.08.80 a 28.04.95.

O MM Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, condenando o réu a conceder a aposentadoria integral por tempo de contribuição ao autor desde 27.08.04, e pagar as prestações em atraso com correção monetária juros de mora, e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação consoante a Súmula 111 do STJ, observada a prescrição quinquenal.

Inconformado, apela o réu, pleiteando a reforma da r. sentença.

Subiram os autos, sem contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Para a obtenção da aposentadoria integral exige-se o tempo mínimo de contribuição (35 anos para homem, e 30 anos para mulher) e será concedida levando-se em conta somente o tempo de serviço, sem exigência de idade ou pedágio, nos termos do Art. 201, § 7º, I, da CF.

Por sua vez, a Emenda Constitucional 20/98 assegura, em seu Art. 3º, a concessão de aposentadoria proporcional aos que tenham cumprido os requisitos até a data de sua publicação, em 16/12/98. Neste caso, o direito adquirido à aposentadoria proporcional, faz-se necessário apenas o requisito temporal, ou seja, 30 (trinta) anos de trabalho no caso do homem e 25 (vinte e cinco) no caso da mulher, requisitos que devem ser preenchidos até a data da publicação da referida emenda, independentemente de qualquer outra exigência.

Em relação aos segurados que se encontram filiados ao RGPS à época da publicação da EC 20/98, mas não contam com tempo suficiente para requerer a aposentadoria - proporcional ou integral - ficam sujeitos às normas de transição para o cômputo de tempo de serviço. Assim, as regras de transição só encontram aplicação se o segurado não preencher os requisitos necessários antes da publicação da emenda. O período posterior à Emenda Constitucional 20/98 poderá ser somado ao período anterior, com o intuito de se obter aposentadoria proporcional, se forem observados os requisitos da idade mínima (48 anos para mulher e 53 anos para homem) e período adicional (pedágio), conforme o Art. 9º, da EC 20/98.

Os contratos de trabalho registrados na CTPS, independente de constarem ou não dos dados assentados no CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais, devem ser contados, pela Autarquia Previdenciária, como tempo de contribuição, em consonância com o comando expresso no Art. 19, do Decreto 3.048/99 e no Art. 29, § 2º, letra "d", da Consolidação das Leis do Trabalho, assim redigidos:

Art. 19. A anotação na Carteira Profissional ou na Carteira de Trabalho e Previdência Social e, a partir de 10 de julho de 1994, os dados constantes do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS valem para todos os efeitos como prova de filiação à Previdência Social, relação de emprego, tempo de serviço ou de contribuição e salários-de-contribuição e, quando for o caso, relação de emprego, podendo, em caso de dúvida, ser exigida pelo Instituto Nacional do Seguro Social a apresentação dos documentos que serviram de base à anotação. (Redação dada pelo Decreto nº 4.079, de 2002). (destaques não são do original).

Art. 29 - A Carteira de Trabalho e Previdência Social será obrigatoriamente apresentada, contra recibo, pelo trabalhador ao empregador que o admitir, o qual terá o prazo de quarenta e oito horas para nela anotar, especificamente, a data de admissão, a remuneração e as condições especiais, se houver, sendo facultada a adoção de sistema manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho. (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

§ 1º As anotações concernentes à remuneração devem especificar o salário, qualquer que seja sua forma de pagamento, seja ele em dinheiro ou em utilidades, bem como a estimativa da gorjeta. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

§ 2º - As anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social serão feitas: (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

a) na data-base; (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

b) a qualquer tempo, por solicitação do trabalhador; (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

c) no caso de rescisão contratual; ou (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

d) necessidade de comprovação perante a Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

Nessa esteira caminha a jurisprudência desta Corte Regional, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO LEGAL (ART. 557, § 1º, DO CPC) - APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR URBANO. CARÊNCIA.

1. As anotações na CTPS - Carteira de Trabalho e Previdência Social, as quais gozam de presunção legal de veracidade *juris tantum*, comprovam que a autora exerceu atividade urbana por mais de 127 meses de trabalho, restando demonstrada a carência exigida, não havendo, portanto, que se falar em erro material a ser corrigido.

2- Agravo improvido.

(AC - 1341393 - Proc. 2008.03.99.040493-3/SP, 9ª Turma, Relator Desembargador Federal Nelson Bernardes, j. 20.07.2009, DJF3 CJ1 05.08.2009 pág. 1200).

No mesmo sentido, colaciono os seguintes julgados de outros Tribunais Regionais Federais e do c. Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO URBANO. CTPS. PROVA PLENA DE VERACIDADE. SÚMULA Nº 12/TST. PRESSUPOSTOS CONFIGURADOS. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS.

1. As anotações na CTPS gozam de presunção “juris tantum” de veracidade, nos termos da Súmula nº 12/TST, de modo que constituem prova plena do serviço prestado nos períodos nela mencionados. Precedentes desta Corte.
2. Havendo o autor comprovado o exercício de tempo de serviço por meio de contratos de trabalho anotados em sua CTPS, faz jus à concessão de aposentadoria por tempo de serviço.
3. O período a ser considerado para fins de averbação pela Autarquia Previdenciária é 22.03.1961 a 26.06.1967.
4. (...).
6. O INSS é isento do pagamento de custas processuais, nos termos do art. 8º, § 1º, da Lei nº 8.620, de 05.01.93.
7. Apelação do Réu improvida. Remessa oficial parcialmente provida. (TRF 1ª Reg. AC - 200033000096140, 2ª Turma, j. 08.03.2006, DJ 30.03.2006 pág. 20);

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DECADÊNCIA. TEMPO DE SERVIÇO URBANO. REGISTRO EM CTPS. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. ATIVIDADE ESPECIAL. CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM. MAJORAÇÃO DE RMI DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO.

1. Os benefícios deferidos antes de 27-06-1997 (data da edição da Medida Provisória 1523-9) não estão sujeitos a prazo decadencial e, para os concedidos posteriormente, o referido prazo é de dez anos.
2. O registro constante na CTPS goza da presunção de veracidade juris tantum, devendo a prova em contrário ser inequívoca, constituindo, desse modo, prova plena do serviço prestado nos períodos ali anotados.
3. Uma vez exercida atividade enquadrável como especial, sob a égide da legislação que a ampara, o segurado adquire o direito ao reconhecimento como tal e ao acréscimo decorrente da sua conversão em comum.
4. Constando dos autos a prova necessária a demonstrar o exercício de atividade sujeita a condições especiais, conforme a legislação vigente na data da prestação do trabalho, deve ser reconhecido o respectivo tempo de serviço e majorada a aposentadoria por tempo de serviço do segurado. (TRF - 4ª Reg. APELREEX 200971040004140, 6ª Turma, j. 16.12.2009, DE 14.01.2010) e

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. EMPREGADO RURAL. CTPS. PROVA. CARÊNCIA. EXIGIBILIDADE.

I - O obreiro enquadrado como empregado rural, comprovado pela CTPS, conforme art. 16, do Decreto 2.172/97, e preenchendo os requisitos legais, tem direito a aposentadoria por tempo de serviço.

II - Não há falar-se em carência ou contribuição, vez que a obrigação de recolher as contribuições junto ao INSS é do empregador.

III - Recurso não conhecido.

(STJ - REsp 263425/SP, 5ª Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, j. 21.08.2001, DJ 17.09.2001 pág. 182).

O recolhimento das contribuições devidas ao INSS decorre de obrigação legal que incumbe à autarquia fiscalizar. Não efetuados os recolhimentos pelo empregador, ou não cons-

tantes nos registros do CNIS, não se permite que tal fato resulte em prejuízo ao segurado, imputando-se a este o ônus de comprová-los.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. EMPREGADA DOMÉSTICA. CARÊNCIA. COMPROVAÇÃO. RECURSO ESPECIAL.

1. O recolhimento da contribuição devida pela empregada doméstica é responsabilidade do empregador, cabendo ao INSS fiscalizar e exigir o cumprimento de tal obrigação.

2. Preenchidos os seus demais requisitos, não se indefere pedido de aposentadoria por idade quando, exclusivamente, não comprovado o efetivo recolhimento das contribuições previdenciárias devidas (Lei 8213/91, art. 36).

3. Recurso Especial conhecido mas não provido.

(RESP 200000822426, EDSON VIDIGAL, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA: 04/12/2000 PG: 00098 RST VOL.: 00140 PG: 00068 ..DTPB:.);

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. REDUÇÃO DO VALOR DO BENEFÍCIO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR PELO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. CUSTAS: ISENÇÃO.

1. Não pode o INSS deixar de considerar os salários-de-contribuição informados pelo autor, apenas sob o argumento de que o recolhimento das contribuições respectivas não consta do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS .

2. A responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias é do empregador, cabendo a fiscalização ao INSS, não devendo tais irregularidades ser imputadas ao autor.

3. Na Justiça Federal de Primeiro e Segundo Graus, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações estão isentos do pagamento de custas (Lei 9.289/96, art. 4º, I).

4. Apelação a que se nega provimento e remessa oficial, tida por interposta, a que se dá parcial provimento.

(AC 200233000124515, JUIZ FEDERAL MANOEL JOSÉ FERREIRA NUNES (CONV.), TRF1 - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA: 10/04/2006 PAGINA: 22.)

No caso concreto, o autor comprovou vínculo empregatício com a Caixa Econômica do Estado de São Paulo de 02.04.73 a 06.09.74, conforme anotação em CTPS (fl. 207).

A questão tratada nos autos também diz respeito ao reconhecimento do tempo trabalhado em condições especiais, objetivando a concessão de benefício de aposentadoria especial prevista no Art. 57, da Lei 8.213/91.

Define-se como atividade especial aquela desempenhada sob certas condições peculiares - insalubridade, penosidade ou periculosidade - que, de alguma forma cause prejuízo à saúde ou integridade física do trabalhador.

A contagem do tempo de serviço rege-se pela legislação vigente à época da prestação do serviço.

Até 29/4/95, quando entrou em vigor a Lei 9.032/95, que deu nova redação ao Art. 57, § 3º, da Lei 8.213/91, a comprovação do tempo de serviço laborado em condições especiais era feita mediante o enquadramento da atividade no rol dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, nos termos do Art. 295 do Decreto 357/91; a partir daquela data até a publicação da Lei 9.528/97, em 10.03.1997, por meio da apresentação de formulário que demonstre a efetiva exposição de forma permanente, não ocasional nem intermitente, a agentes prejudiciais a saúde ou a integridade física; após 10.03.1997, tal formulário deve estar fundamentado em laudo técnico

das condições ambientais do trabalho, assinado por médico do trabalho ou engenheiro do trabalho, consoante o Art. 58 da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97. Quanto aos agentes ruído e calor, é de se salientar que o laudo pericial sempre foi exigido.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONVERSÃO DO PERÍODO LABORADO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. LEI Nº 9.711/1998. EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. LEIS NºS 9.032/1995 E 9.528/1997. OPERADOR DE MÁQUINAS. RÚIDO E CALOR. NECESSIDADE DE LAUDO TÉCNICO. COMPROVAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. ENUNCIADO Nº 7/STJ. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. A tese de que não foram preenchidos os pressupostos de admissibilidade do recurso especial resta afastada, em razão do dispositivo legal apontado como violado.

2. Até o advento da Lei nº 9.032/1995 é possível o reconhecimento do tempo de serviço especial em face do enquadramento na categoria profissional do trabalhador. A partir dessa lei, a comprovação da atividade especial se dá através dos formulários SB-40 e DSS-8030, expedidos pelo INSS e preenchidos pelo empregador, situação modificada com a Lei nº 9.528/1997, que passou a exigir laudo técnico.

3. Contudo, para comprovação da exposição a agentes insalubres (ruído e calor) sempre foi necessário aferição por laudo técnico, o que não se verificou nos presentes autos.

4. A irrisignação que busca desconstituir os pressupostos fáticos adotados pelo acórdão recorrido encontra óbice na Súmula nº 7 desta Corte.

5. Agravo regimental.

(STJ, AgRg no REsp 877.972/SP, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 03/08/2010, DJe 30/08/2010).

Atualmente, no que tange à comprovação de atividade especial, dispõe o § 2º, do Art. 68, do Decreto 3.048/99, que:

Art. 68 (...)

§ 2º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário denominado perfil profissiográfico previdenciário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social, 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. (Redação dada pelo Decreto nº 4.032, de 26/11/2001).

Assim sendo, não é mais exigido que o segurado apresente o laudo técnico, para fins de comprovação de atividade especial, basta que forneça o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, assinado pela empresa ou seu preposto, o qual reúne, em um só documento, tanto o histórico profissional do trabalhador como os agentes nocivos apontados no laudo ambiental que foi produzido por médico ou engenheiro do trabalho.

Por fim, ressalte-se que o formulário extemporâneo não invalida as informações nele contidas. Seu valor probatório remanesce intacto, haja vista que a lei não impõe seja ele contemporâneo ao exercício das atividades. A empresa detém o conhecimento das condições insalubres a que estão sujeitos seus funcionários e por isso deve emitir os formulários ainda que a qualquer tempo, cabendo ao INSS o ônus probatório de invalidar seus dados.

Em relação ao agente ruído, os Decretos 53.831/64 e 83.080/79 consideravam nociva à saúde a exposição em nível superior a 80 decibéis. Com a alteração introduzida pelo Decreto nº 2.172, de 05.03.1997, passou-se a considerar prejudicial aquele acima de 90 dB. Posterior-

mente, com o advento do Decreto 4.882, de 18.11.2003, o nível máximo tolerável foi reduzido para 85 dB (Art. 2º, do Decreto nº 4.882/2003, que deu nova redação aos itens 2.01, 3.01 e 4.00 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99).

Estabelecido esse contexto, esclareço que, anteriormente, manifestei-me no sentido de admitir como especial a atividade exercida até 05/03/1997, em que o segurado ficou exposto a ruídos superiores a 80 decibéis, e a partir de tal data, aquela em que o nível de exposição foi superior a 85 decibéis, em face da aplicação do princípio da igualdade.

Contudo, em julgamento recente, a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a questão submetida ao rito do Art. 543-C do CPC, decidiu que no período compreendido entre 06.03.1997 e 18.11.2003, considera-se especial a atividade com exposição a ruído superior a 90 dB, nos termos do Anexo IV do Decreto 2.172/97 e do Anexo IV do Decreto 3.048/1999, não sendo possível a aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o nível para 85 dB (REsp 1398260/PR, Relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 14/05/2014, DJe 05/12/2014).

Por conseguinte, em consonância com o decidido pelo C. STJ, é de ser admitida como especial a atividade em que o segurado ficou exposto a ruídos superiores a 80 decibéis até 05/03/1997, e 90 decibéis no período entre 06/03/1997 e 18/11/2003 e, a partir de então até os dias atuais, em nível acima de 85 decibéis.

No que diz respeito ao uso de equipamento de proteção individual, insta observar que este não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que tal equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos. Nesse sentido: TRF3, AMS 2006.61.26.003803-1, Relator Desembargador Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, DJF3 04/03/2009, p. 990; APELREE 2009.61.26.009886-5, Relatora Desembargadora Federal Leide Pólo, 7ª Turma, DJF 29/05/09, p. 391.

Ainda que o laudo consigne a eliminação total dos agentes nocivos, é firme o entendimento desta Corte no sentido da impossibilidade de se garantir que tais equipamentos tenham sido utilizados durante todo o tempo em que executado o serviço, especialmente quando seu uso somente tornou-se obrigatório com a Lei 9732/98.

Igualmente nesse sentido:

A menção nos laudos técnicos periciais, por si só, do fornecimento de EPI e sua recomendação, não tem o condão de afastar os danos inerentes à ocupação. É que tal exigência só se tornou efetiva em 11 de dezembro de 1998, com a entrada em vigor da Lei nº 9.732, que alterou a redação do artigo 58 da Lei nº 8.213/91. Ademais, é pacífico o entendimento de que a simples referência aos EPI's não elide o enquadramento da ocupação como especial, já que não se garante sua utilização por todo o período abrangido, principalmente levando-se em consideração que o lapso temporal em questões como a presente envolve décadas e a fiscalização, à época, nem sempre demonstrou-se efetiva, não se permitindo concluir que a medida protetória permite eliminar a insalubridade.

(TRF3, AI 2005.03.00.082880-0, 8ª Turma, Juíza Convocada Márcia Hoffmann, DJF3 CJ1 19/05/2011, p: 1519).

Por demais, em recente julgamento proferido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, em tema com repercussão geral reconhecido pelo plenário virtual no ARE 664335/SC, restou decidido que o uso do equipamento de proteção individual - EPI, pode ser insuficiente para neutralizar completamente a nocividade a que o trabalhador esteja submetido.

A propósito, transcrevo os seguintes tópicos da ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ART. 201, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REQUISITOS DE CARACTERIZAÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES NOCIVAS. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL - EPI. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL. EFETIVA EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS À SAÚDE. NEUTRALIZAÇÃO DA RELAÇÃO NOCIVA ENTRE O AGENTE INSALUBRE E O TRABALHADOR. COMPROVAÇÃO NO PERFIL PROFISSIOGRÁFICO PREVIDENCIÁRIO PPP OU SIMILAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS HÁBEIS À CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. CASO CONCRETO. AGENTE NOCIVO RÚIDO. UTILIZAÇÃO DE EPI. EFICÁCIA. REDUÇÃO DA NOCIVIDADE. CENÁRIO ATUAL. IMPOSSIBILIDADE DE NEUTRALIZAÇÃO. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES PREJUDICIAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DEVIDO. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

(...)

11. A Administração poderá, no exercício da fiscalização, aferir as informações prestadas pela empresa, sem prejuízo do inafastável judicial *review*. Em caso de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do Equipamento de Proteção Individual, a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial. Isto porque o uso de EPI, no caso concreto, pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submete.

12. *In casu*, tratando-se especificamente do agente nocivo ruído, desde que em limites acima do limite legal, 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. ...

13. Ainda que se pudesse aceitar que o problema causado pela exposição ao ruído relacionasse apenas à perda das funções auditivas, o que indubitavelmente não é o caso, é certo que não se pode garantir uma eficácia real na eliminação dos efeitos do agente nocivo ruído com a simples utilização de EPI, pois são inúmeros os fatores que influenciam na sua efetividade, dentro dos quais muitos são impassíveis de um controle efetivo, tanto pelas empresas, quanto pelos trabalhadores.

14. Desse modo, a segunda tese fixada neste Recurso Extraordinário é a seguinte: na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria.

15. Agravo conhecido para negar provimento ao Recurso Extraordinário.

(ARE 664335/SC, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, j. 04/12/2014, DJe-029 DIVULG 11-02-2015 Public 12-02-2015).

Cabe ressaltar que a necessidade de comprovação de trabalho “não ocasional nem intermitente, em condições especiais” passou a ser exigida apenas a partir de 29/4/1995, data em que foi publicada a Lei 9.032/95, que alterou a redação do Art. 57, § 3º, da lei 8.213/91, não podendo, portanto, incidir sobre períodos pretéritos. Nesse sentido: TRF3, APELREE 2000.61.02.010393-2, Relator Desembargador Federal Walter do Amaral, 10ª Turma, DJF3 30/6/2010, p. 798 e APELREE 2003.61.83.004945-0, Relator Desembargador Federal Maria-nina Galante, 8ª Turma, DJF3 22/9/2010, p. 445.

No mesmo sentido colaciono recente julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. EXPOSIÇÃO HABITUAL E PERMANENTE A AGENTES NOCIVOS EXIGIDA SOMENTE A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI Nº 9.032/95. EXPOSIÇÃO EFETIVA AO AGENTE DANOSO. SÚMULA 7/STJ.

1. A alegação recursal de que a exposição permanente ao agente nocivo existe desde o Decreto 53.831/64 contrapõe-se à jurisprudência do STJ no sentido de que “somente após a entrada em vigor da Lei nº 9.032/95 passou a ser exigida, para a conversão do tempo especial em comum, a comprovação de que a atividade laboral tenha se dado sob a exposição a fatores insalubres de forma habitual e permanente” (AgRg no REsp 1.142.056/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 20/9/2012, DJe 26/9/2012).

2. Segundo se extrai do voto condutor, o exercício da atividade especial ficou provado e, desse modo, rever a conclusão das instâncias de origem no sentido de que o autor estava exposto de modo habitual e permanente a condições perigosas não é possível sem demandar o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em recurso especial, sob pena de afronta ao óbice contido na Súmula 7 do STJ.

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no AREsp 547.559/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23/09/2014, DJe 06/10/2014).

Quanto à eventual ausência de fonte de custeio ou falta de contribuição previdenciária do trabalho em atividade especial, trazido no apelo da autarquia, cumpre ressaltar que o trabalhador empregado é segurado obrigatório do regime previdenciário, sendo que os recolhimentos das contribuições constituem ônus do empregador.

Nesse sentido, colaciono recente julgado desta Corte Regional:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º, DO CPC. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. RECONHECIMENTO DE PERÍODO TRABALHADO SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS.

I - O uso de equipamento de proteção individual não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que tal tipo de equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos.

II - No tocante à necessidade de prévia fonte de custeio, saliente-se que, em se tratando de empregado, sua filiação ao sistema previdenciário é obrigatória, assim como o recolhimento das contribuições respectivas, gerando a presunção de seu recolhimento pelo empregador, nos termos do artigo 30, I, da Lei 8.212/91. Ainda que o recolhimento não tenha se dado ou efetuado a menor, não pode o trabalhador ser penalizado, uma vez que a autarquia previdenciária possui meios próprios para receber seus créditos.

III - Agravo do INSS improvido (art. 557, § 1º, do CPC).

(AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1947696 - Proc. 0006348-97.2014.4.03.9999/SP, 10ª Turma, Relator Desembargador Federal Sergio Nascimento, j. 24/06/2014, e-DJF3 Judicial 1 Data: 02/07).

Tecidas essas considerações gerais a respeito da matéria, passo a análise da documentação do caso em tela.

Assim fazendo, verifico que o autor comprovou que exerceu, na condição de autônomo, a profissão de dentista, com habitualidade e permanência, no período de 01.08.80 a 28.04.95, exposto a agentes biológicos, por enquadramento no item 2.1.3 do Decreto 53.831/64 e itens 1.3.4 do Anexo I e 2.1.3 do Anexo II do Decreto 83.080/79.

Para tanto, juntou aos autos orçamentos de serviços odontológicos de fls. 45/50, comprovante de recadastramento de fls. 112 e 115/117, bem como diploma de sua graduação em Odontologia e respectivo registro em Conselho Regional (fls. 40/44).

Desta forma, somados os períodos comuns aos laborados sob condições especiais convertidos em comuns, perfaz o autor mais de 35 anos de tempo de contribuição, suficiente para a concessão de aposentadoria integral por tempo de contribuição, desde o requerimento administrativo (27.08.04 - fl. 16).

Destarte, é de se manter a r. sentença quanto à matéria de fundo, devendo o réu averbar no cadastro do autor o tempo de serviço comum de 02.04.73 a 06.09.74 e como trabalhado em condições especiais o período de 01.08.80 a 28.04.95, conceder o benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição, a partir de 27.08.04, 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 e, no que couber, observando-se o decidido pelo e. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.

Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme entendimento consolidado na c. 3ª Seção desta Corte (AL em EI nº 0001940-31.2002.4.03.610). 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, assim como eventual período em que o autor tenha exercido atividade insalubre, após a citação ou a implantação do benefício.

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.

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 para adequar os honorários advocatícios e nego provimento à apelação.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL**0005429-35.2014.4.03.6111****(2014.61.11.005429-5)**

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 92/94

Interessados: JULIA DE SOUZA CRUVINEL (incapaz) E OUTROS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE MARÍLIA - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Classe do Processo: AC 2126770

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/04/2017

EMENTA

AGRAVO. ART. 1.021 DO CPC/2015. PREVIDENCIÁRIO. AUXILIO-RECLUSÃO. PRISÃO OCORRIDA NO ASSIM DENOMINADO “PERÍODO DE GRAÇA”. CRITÉRIO A SER UTILIZADO PARA AFERIÇÃO DA RENDA. AUSÊNCIA DE REMUNERAÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

- 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.

- A insurgência é relativa ao critério utilizado para se aferir a possibilidade de concessão do benefício.

- Como já explicitado, anteriormente considerarei que a tese do INSS teria sustentação. Contudo, em recentes julgados do STJ, como consta da decisão, tal entendimento foi refutado, o que também ocorre na Nona Turma.

- Assim sendo, passei a adotar o entendimento da Nona Turma, com ressalva do entendimento pessoal. Não se trata no caso de hipótese de retroação para aferição de parâmetro, e sim de utilização do parâmetro renda zero, na data da prisão.

- Tendo em vista que a decisão se pronunciou sobre todas as questões suscitadas, não há que se falar em sua alteração.

- 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, 10 de abril de 2017.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

O INSS interpõe agravo com fundamento no art. 1.021 do CPC/2015, contra decisão que, reconsiderando julgamento anterior, negou provimento à sua apelação e à remessa oficial, tida por interposta, mantendo a concessão do benefício e a antecipação de tutela anteriormente deferida, em ação objetivando o recebimento de auxílio-reclusão.

Alega o INSS que o desemprego dentro do período de graça não autoriza a interpretação de que a renda mensal do recluso seria zero, devendo ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício a última remuneração integral, antes do encarceramento.

Dada oportunidade de apresentação das contrarrazões (art. 1.021, § 2º, do CPC/2015).

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

A decisão ora agravada analisou a matéria nos seguintes termos:

Os autores interpõem agravo com base no art. 557 do CPC/1973 e no Regimento Interno deste Tribunal, pleiteando seja reconsiderada a decisão que deu provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, tida por interposta, para julgar improcedente o pedido de concessão de auxílio-reclusão, revogando expressamente a tutela anteriormente concedida.

Sustentam que a questão relativa ao salário de contribuição a ser utilizado como parâmetro, no caso específico de segurado que se encontrava desempregado quando da reclusão, é controversa, alegando que, em tais casos, o benefício é devido, porque o recluso continuou desempregado até o encarceramento, sem auferir renda. Cita recentes julgados do STJ em tal sentido.

Dada oportunidade de apresentação das contrarrazões (art. 1.021, § 2º, do CPC/2015), não houve manifestação.

Feito o breve relatório, decido.

A decisão foi proferida na vigência do antigo CPC, regrada a análise pelas disposições então vigentes. Nos termos do Enunciado Administrativo 2 do STJ, considera-se a data de sua publicação para tal fim.

Anteriormente, entendi não ser o caso de se considerar que, inexistindo salário de contribuição no mês da reclusão, a renda do segurado seria zero.

Isso porque considerava necessária a existência de um parâmetro concreto, e não fictício, para a apuração da renda.

Porém, o STJ, em reiteradas decisões, tem se manifestado de maneira diversa, aceitando expressamente a ausência de registro em CTPS como prova da condição de baixa renda do recluso, com o que passo a adotar entendimento diverso, ressaltando entendimento pessoal:

“DIREITO PREVIDENCIÁRIO. CRITÉRIO ECONÔMICO PARA CONCESSÃO DO AUXÍLIO-RECLUSÃO.

Na análise de concessão do auxílio-reclusão a que se refere o art. 80 da Lei 8.213/1991, o fato de o recluso que mantenha a condição de segurado pelo RGPS (art. 15 da Lei 8.213/1991) estar desempregado ou sem renda no momento do recolhimento à prisão indica o atendimento ao requisito econômico da baixa renda, independentemente do valor do último salário de contribuição.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o Estado entendeu por bem amparar os que dependem do segurado preso e definiu como critério econômico para a concessão do benefício a baixa renda do segurado (art. 201, IV, da CF). Diante disso, a EC 20/1998 estipulou um valor fixo como critério de baixa renda que todos os anos é corrigido pelo Ministério da Previdência Social. De fato, o art. 80 da Lei 8.213/1991 determina que o auxílio-reclusão será devido quando o segurado recolhido à prisão ‘não receber remuneração da empresa’. Da mesma forma, ao regulamentar a concessão do benefício, o § 1º do art. 116 do Decreto 3.048/1999 estipula que ‘é devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário de contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado’. É certo que o critério econômico da renda deve ser constatado no momento da reclusão, pois é nele que os dependentes sofrem o baque da perda do provedor. Ressalte-se que a jurisprudência do STJ assentou posição de que os requisitos para a concessão do benefício devem ser verificados no momento do recolhimento à prisão, em observância ao princípio *tempus regit actum* (AgRg no REsp 831.251-RS, Sexta Turma, DJe 23/5/2011; REsp 760.767-SC, Quinta Turma, DJ 24/10/2005; e REsp 395.816-SP, Sexta Turma, DJ 2/9/2002)”. (REsp 1.480.461-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 23/9/2014).

A questão é tema de julgamento em repercussão geral, cuja análise ainda não foi concretizada, quanto ao mérito:

“O recurso especial discute questão relativa à definição do critério de renda (se o último salário de contribuição ou a ausência de renda) do segurado que não exerce atividade remunerada abrangida pela Previdência Social no momento do recolhimento à prisão para a concessão do benefício de auxílio-reclusão (art. 80 da Lei 8.213/1991), afetada pelo Ministro Herman Benjamin, sob o rito dos recursos repetitivos, à Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça nos autos dos Recursos Especiais Repetitivos nºs 1.485.416/SP e 1.485.417/MS (DJe 10/10/2014), vinculados ao Tema nº 896.

Assim, é imperiosa a devolução dos autos ao eg. Tribunal de origem para observância da sistemática dos recursos repetitivos, consoante determina o art. 2º da Resolução STJ nº 17, de 4 de setembro de 2013, *verbis*:

‘Art. 2º Verificada a subida de recursos fundados em controvérsia idêntica a controvérsia já submetida ao rito previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil, o presidente poderá:

I determinar a devolução ao tribunal de origem, para nele permanecerem sobrestados os casos em que não tiver havido julgamento do mérito do recurso recebido como representativo de controvérsia;

II determinar a devolução dos novos recursos ao tribunal de origem, para os efeitos dos incisos I e II do § 7º do art. 543-C do Código de Processo Civil, ressalvada a hipótese do § 8º do referido artigo, se já proferido julgamento do mérito do recurso representativo da controvérsia’.

Ante o exposto, determino a devolução dos autos à origem, onde deve permanecer suspenso o recurso especial, até o pronunciamento definitivo do STJ sobre o tema, e, após, observe-se a sistemática prevista nos arts. 1.040 e 1.041 do CPC.

Publique-se. Intimem-se”.

(REsp 1585077, Relator Ministro Francisco Falcão, publicação em 14/04/2016).

Conforme o entendimento dominante do STJ, ao qual passo a aderir com ressalva, quando o recluso mantém a qualidade de segurado e comprova o desemprego na data do encarceramento, fica assegurado o recebimento do benefício aos dependentes, pelo princípio *in dubio pro misero*.

Atendidos tais requisitos, concedo o benefício, porque mantida a qualidade de segurado do recluso quando da reclusão.

O termo inicial do benefício é a data da reclusão, em se tratando de dependente absolutamente incapaz (AC 2003.61.13.004265-3, Rel. Des. Fed. Galvão Miranda, DJU 21.12.2005), contra o qual não corre prescrição nem decadência.

A correção monetária das parcelas vencidas incide na forma das Súmulas 08 deste Tribunal e 148 do STJ, bem como da Lei 6.899/81 e da legislação superveniente, descontando-se eventuais valores já pagos.

Os juros moratórios são fixados em 0,5% ao mês, contados da citação, até o dia anterior à vigência do novo CC (11.01.2003); em 1% ao mês a partir da vigência do novo CC, nos termos de seu art. 406 e do art. 161, § 1º, do CTN; e, a partir da vigência da Lei 11.960/09 (29.06.2009), na mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, conforme art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97.

As parcelas vencidas serão acrescidas de juros moratórios a partir da citação. As parcelas vencidas a partir da citação serão acrescidas de juros moratórios a partir dos respectivos vencimentos.

RECONSIDERO a decisão de fls. 84/86, nos termos do art. 557, § 2º, do CPC-1973, com o que NEGOU PROVIMENTO à apelação e à remessa oficial, tida por interposta, mantendo a concessão do benefício e a antecipação da tutela anteriormente deferida. Fixo a correção monetária e os juros como segue. A correção monetária das parcelas vencidas incide na forma das Súmulas 08 deste Tribunal e 148 do STJ, bem como da Lei 6.899/81 e da legislação superveniente, descontando-se eventuais valores já pagos. Os juros moratórios são fixados em 0,5% ao mês, contados da citação, na forma dos arts. 1.062 do antigo CC e 219 do CPC, até o dia anterior à vigência do novo CC (11.01.2003); em 1% ao mês a partir da vigência do novo CC, nos termos de seu art. 406 e do art. 161, § 1º, do CTN; e, a partir da vigência da Lei 11.960/09 (29.06.2009), na mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, conforme seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97. As parcelas vencidas serão acrescidas de juros moratórios a partir da citação. As parcelas vencidas a partir da citação serão acrescidas de juros moratórios a partir dos respectivos vencimentos.

JULGO PREJUDICADO o agravo legal.

O INSS deve proceder à imediata replantação do benefício. Oficie-se à autoridade administrativa para cumprir a ordem judicial no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária, a ser oportunamente fixada em caso de descumprimento.

Recluso: Marcos Roberto Cruvinel

Beneficiado: Julia de Souza Cruvinel e outros

CPF da representante legal dos beneficiados: 262.698.618-61

RMI: já calculada pelo INSS (trata-se de restabelecimento de tutela relativa à concessão de auxílio-reclusão)

Intimem-se.

A insurgência é relativa ao critério utilizado para se aferir a possibilidade de concessão do benefício.

Como já explicitado, anteriormente considerei que a tese do INSS teria sustentação. Contudo, em recentes julgados do STJ, como consta da decisão, tal entendimento foi refutado, o que também ocorre na Nona Turma.

Assim sendo, passei a adotar o entendimento da Nona Turma, com ressalva do entendimento pessoal. Não se trata no caso de hipótese de retroação para aferição de parâmetro, e sim de utilização do parâmetro renda zero, na data da prisão.

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.

O STJ, em recente acórdão, bem explicitou o alcance do art. 489 do CPC/2015 e a inaplicabilidade de questionamentos embasados apenas em motivação diversa daquela adotada pelo Relator:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022 DO CPC. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.

2. Argumenta-se que as questões levantadas no agravo denegado, capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada monocraticamente, não foram analisadas pelo acórdão embargado (art. 489 do CPC/2015). Entende-se, ainda, que o art. 1.021, § 3º, do CPC/2015 veda ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.

3. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. Documento: 1520339 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 03/08/2016 P

4. Embargos de declaração rejeitados.

(STJ, EDcl no AgRg nos Embargos de Divergência em RESP 1.483.155 - BA (2013/0396212-4), Relator Ministro OG Fernandes, DJe 03/08/2016).

A decisão agravada está de acordo, inclusive, com o disposto no art. 1.021 do CPC/2015, § 3º, baseado no princípio da dialética recursal. Inexiste qualquer vício a justificar a sua reforma.

NEGO PROVIMENTO ao agravo.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0000416-48.2015.4.03.6005
(2015.60.05.000416-7)

Apelante: KAREM DANIELI FIGUEREDO MAGALHÃES
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PONTA PORÃ - MS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Classe do Processo: AMS 363852
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/04/2017

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SALÁRIO-MATERNIDADE. CONTRATO POR TEMPO DETERMINADO. PRESTADORA DE SERVIÇOS. ART. 97 DO DECRETO Nº 6.122/2007. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS PROCESSUAIS. MATO GROSSO DO SUL. SEGURANÇA CONCEDIDA.

- Caracterizada a qualidade de segurada da Previdência Social na condição de prestadora de serviços por contrato de trabalho determinado, o benefício é devido.
- Nos termos do art. 97 do Regulamento da Previdência Social com a redação conferida pelo Decreto nº 6.122/2007, o benefício deverá ser pago pela autarquia previdenciária.
- Sem condenação em honorários advocatícios, incabíveis na via eleita.
- No Estado do Mato Grosso do Sul vige a Lei Estadual/MS nº 3.779, de 11.11.2009, que prevê expressamente o pagamento de custas pela autarquia previdenciária, *as quais devem ser recolhidas ao final do feito, pela parte vencida.*
- Apelação da impetrante provida para conceder a segurança.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 04 de abril de 2017.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por *Karem Danieli Figueiredo Magalhães* em face de ato praticado pela Secretaria da Administração do Município de Bela Vista/MS, objetivando o pagamento do benefício de salário-maternidade.

Em decisão liminar, o MM. Juiz *a quo* determinou a emenda da petição inicial para regularizar o pólo passivo da demanda (fl. 28).

Diante da ausência de risco de perecimento do direito e da notificação da autoridade impetrada, a liminar foi indeferida.

A autoridade impetrada prestou informações juntando aos autos processo administrativo referente à concessão de salário-maternidade e posterior revogação do benefício, uma vez que a impetrante goza de estabilidade provisória, devendo o empregador realizar o pagamento dos valores, e não o INSS (fls. 53/95).

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 104/106 opinando pela não caracterização de interesse público a justificar a sua intervenção no feito.

A r. sentença de fls. 108/110 extinguiu o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil/1973, considerando que é dever da Municipalidade pagar o salário-maternidade.

Apela a impetrante, alegando, em síntese que, embora seja responsabilidade direta da empresa o pagamento do salário-maternidade, o responsável pelo encargo é o INSS, considerando que as empresas são ressarcidas no momento do recolhimento das contribuições. Pugna pela reforma da sentença para que seja concedida a segurança.

Sem as contrarrazões, os autos foram enviados a este Tribunal.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 131/135 opinando pela manutenção da sentença, nos termos do art. 485, I, do CPC vigente.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Objetiva o impetrante o pagamento do salário-maternidade NB: 80/132.611.935-1, em virtude do nascimento de seu filho, Marcos Davi Magalhães Dutra, ocorrido em 18/09/2014 (fl. 13).

O benefício previdenciário denominado salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, seja ela empregada, trabalhadora avulsa, empregada doméstica, contribuinte individual, facultativa ou segurada especial, durante cento e vinte dias, com início no período entre vinte e oito dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação concernente à proteção à maternidade, nos termos do art. 71 da Lei n 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 10.710/03.

Para a segurada empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica, o benefício do salário-maternidade independe de carência (artigo 26, inciso VI, da Lei nº 8.213/91).

Somente para a segurada contribuinte individual e para a segurada facultativa é exigida a carência de 10 (dez) contribuições mensais, de acordo com o artigo 25, inciso III, da Lei nº 8.213/91, com a redação conferida pela Lei nº 9.876, de 26/11/99.

No presente caso, o que se discute é a concessão de salário-maternidade à segurada prestadora de serviços de professora, contratada pela Prefeitura de Bela Vista a título precário, mediante contratação por tempo determinado, com contrato encerrado em 30/06/2014 (fls. 15/17).

Ressalte-se que o art. 71, da Lei nº 8.213/91 contempla todas as seguradas da Previdência com o benefício, não havendo restrição imposta à segurada com término de contrato de trabalho.

De acordo com as informações do CNIS juntado às fls. 70/75, verificou-se que o último intervalo de recolhimento foi de 02/2014 e 03/2014, realizado pelo Município de Bela Vista ao Regime Geral da Previdência Social, sendo que pelo período de 05/03/2014 a 30/08/2014 a impetrante esteve em gozo de auxílio-doença previdenciário (fl. 75 - NB 31/605.366.932-0).

Portanto, não há que se discutir acerca da qualidade de segurada da Previdência Social.

Cabe esclarecer que a antiga redação do art. 97 do Decreto nº 3.048/99, que dispunha que o benefício do salário-maternidade somente seria devido em caso da existência de relação de emprego era criticado pela doutrina e pela jurisprudência, porquanto criava uma restrição que não havia sido feita na redação atual da Lei nº 8.213/91.

A atual redação do art. 97 do Regulamento da Previdência Social conferida pelo Decreto nº 6.122, de junho de 2007 dispõe:

Art. 97. O salário-maternidade da segurada empregada será devido pela previdência social enquanto existir relação de emprego, observadas as regras quanto ao pagamento desse benefício pela empresa.

Parágrafo único. Durante o período de graça a que se refere o art. 13, a segurada desempregada fará jus ao recebimento do salário-maternidade nos casos de demissão antes da gravidez, ou, durante a gestação, nas hipóteses de dispensa por justa causa ou a pedido, situações em que o benefício será pago diretamente pela previdência social.

Nessas condições, demonstrada a manutenção da qualidade de segurada e comprovado o nascimento do filho da autora, o benefício previdenciário de salário-maternidade deve ser concedido.

No mais, observo, ainda, que a impetrante recebeu parte do benefício de salário maternidade (fl. 63). Assim, cumpre ao INSS o pagamento dos valores faltantes.

Os juros de mora e a correção monetária deverão observar o disposto na Lei nº 11.960/09 (*STF, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 870.947, 16/04/2015, Rel. Min. Luiz Fux*).

Sem condenação em honorários advocatícios, incabíveis na via eleita.

No que tange às custas processuais, no âmbito da Justiça Federal o INSS possui isenção de custas e emolumentos, nos termos do disposto no artigo 4º, I, da Lei nº 9.289/96, devendo reembolsar, quando vencido, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (art. 4º, parágrafo único).

Dispõe referida lei, em seu artigo 1º, § 1º, a cobrança de custas nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição delegada, rege-se pela legislação estadual respectiva.

No Estado do Mato Grosso do Sul a isenção de custas era conferida ao INSS pelas Leis nºs 1.936/98 e 2.185/2000. Atualmente, no entanto, vige a Lei Estadual/MS nº 3.779, de 11.11.2009, que prevê expressamente o pagamento de custas pela autarquia previdenciária, *as quais devem ser recolhidas ao final do feito, pela parte vencida*, em consonância com o artigo 27 do Código de Processo Civil. Confira-se o disposto na norma estadual:

Art. 24. São isentos do recolhimento da taxa judiciária:

I - A União, os Estados, os Municípios e respectivas autarquias e fundações; (...)

§ 1º - A isenção prevista no inciso I deste artigo não dispensa o reembolso à parte vencedora das custas que efetivamente tiver suportado e nem se aplica ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

§ 2º - As custas processuais em relação ao INSS serão pagas, ao final, pelo vencido.

Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. JUSTIÇA ESTADUAL. CUSTAS. INSS. SÚMULA Nº 178/STJ. ISENÇÃO. LEI ESTADUAL. SÚMULA Nº 280/STF. APLICAÇÃO.

I - “O INSS não goza de isenção do pagamento de custas e emolumentos, nas ações acidentárias e de benefícios, propostas na Justiça Estadual” (Súmula 178/STJ).

II - De outro lado, definir a extensão da isenção promovida por lei estadual na espécie demandaria a interpretação de lei local, vedada pela Súmula nº 280/STF. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 1132546/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2009, DJe 05/10/2009);

PROCESSUAL CIVIL. ADIANTAMENTO DE CUSTAS. DEMANDA NA JUSTIÇA ESTADUAL. INSS. AUTARQUIA FEDERAL. PRIVILÉGIOS E PRERROGATIVAS DE FAZENDA PÚBLICA. INTELIGÊNCIA DO ART. 27, DO CPC. INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA 178-STJ.

“O INSS, como autarquia federal, é equiparado à Fazenda Pública, em termos de privilégios e prerrogativas processuais, o que determina a aplicação do art. 27, do CPC, vale dizer, não está obrigado ao adiantamento de custas, devendo restituí-las ou pagá-las ao final, se vencido” (Precedentes).

“A não isenção enunciada por esta Corte (Súmula 178) não elide essa afirmação, pois o mencionado verbete apenas cristalizou o entendimento da supremacia da autonomia legislativa local, no que se refere a custas e emolumentos.” Recurso conhecido e provido.

(REsp 249.991/RS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2002, DJ 02/12/2002 p. 330);

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHO E CÔNJUGE. QUALIDADE DE SEGURADO. RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS EM DATA POSTERIOR AO ÓBITO. ACORDO TRABALHISTA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. CUSTAS. APELAÇÃO PROVIDA.

(...)

XIV. A autarquia previdenciária não tem isenção no pagamento de custas na justiça estadual (Súmula 178 - STJ). Desta forma, nas ações em trâmite na Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, como é o caso dos autos, não há, na atualidade, previsão de isenção de custas para o INSS na norma local. Ao revés, atualmente vige a Lei Estadual/MS 3.779, de 11.11.2009, que prevê expressamente o pagamento de custas pelo INSS.

XV. Apelação provida.

(AC 2010.03.99.005436-9, Rel. Juíza Federal Convocada Marisa Cucio, Décima Turma, j. 09/11/2010, DJ 18/11/2010).

Assim, sendo vencido o INSS na demanda, é de rigor a condenação da autarquia ao reembolso das custas.

Vale ressaltar que é pacífico o entendimento de que o INSS, como Autarquia Federal,

é equiparada à Fazenda Pública, em termos de privilégios e prerrogativas processuais, o que determina a aplicação do art. 27, do Código de Processo Civil. Assim, não está obrigado ao adiantamento de custas processuais, devendo restituí-las ou pagá-las ao final, se vencido na demanda, nos termos da jurisprudência a seguir:

RECURSO ESPECIAL. FAZENDA PÚBLICA. INSS. CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS. ART. 27 DO CPC.

I - A Fazenda Pública está dispensada do prévio depósito de custas e despesas processuais, que serão pagas ao final pela parte vencida, a teor do disposto no art. 27 do CPC.

II - A disposição do art. 27 do CPC não trata de isenção do pagamento de custas ou despesas processuais, mas de dispensa à Fazenda Pública de efetuá-lo antecipadamente. Recurso especial provido.

(RESP 200602239419, Relator Ministro FELIX FISCHER, j. 03/04/2007, DJ DATA: 14/05/2007, p.00396);

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. INSS. JUSTIÇA ESTADUAL. PAGAMENTO ANTECIPADO DE CUSTAS. DISPENSA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FALÊNCIA. HABILITAÇÃO. CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE.

1. O INSS não está isento das custas devidas perante a Justiça estadual, mas só deverá pagá-las ao final da demanda, se vencido. Precedentes: REsp 897.042/PI, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 14.05.2007 e REsp 249.991/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 02.12.2002.

(...)

7. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(RESP 967626, Relator Ministro CASTRO MEIRA, j. 09/10/2007, DJE 27/11/2008);

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. EXIGÊNCIA DO PREQUESTIONAMENTO ATENDIDA. PREPARO RECURSAL. ISENÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA. ARTIGO 27 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INSS. PRERROGATIVA. LEI Nº 8.620/1993. DECISÃO MANTIDA.

1. O Tribunal de origem decidiu sobre a matéria ao afastar a incidência da Lei nº 8.620/1993, segundo a qual a Autarquia Previdenciária possui as mesmas prerrogativas e privilégios assegurados à Fazenda Pública. Dessa forma, a exigência do prequestionamento foi atendida.

2. A Fazenda Pública está dispensada do depósito antecipado do montante referente a custas e emolumentos. Ficará obrigada ao pagamento no final da lide, caso vencida.

3. Agravo regimental improvido.

(AGRESP200800523467, Relator Ministro JORGEMUSSI, j. 29/05/2008, DJE 04/08/2008).

Diante do exposto, *DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO* para determinar que o INSS restabeleça em favor de Karem Danieli Figueiredo Magalhaes o benefício de salário-maternidade (NB: 132.611.935-1/80), nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0001314-12.2015.4.03.6183
(2015.61.83.001314-7)

Apelante: ANTONIO CONCEIÇÃO PORTELA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI
Classe do Processo: AC 2220714
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/04/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO. AUXÍLIO-DOENÇA E APOSENTADORIA. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESCONTO DOS VALORES REFERENTES AO PERÍODO EM QUE HOUVE RECOLHIMENTO PREVIDENCIÁRIO. TÍTULO EXECUTIVO QUE NÃO PREVÊ A COMPENSAÇÃO. VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. APLICAÇÃO DO MANUAL DE CÁLCULOS EM VIGOR.

- O título exequendo diz respeito à concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, com DIB em 30/06/2008 (data da cessação administrativa), com a compensação dos valores recebidos em função da tutela antecipada, em razão do impedimento de duplicidade, e com o pagamento das diferenças daí advindas, com correção monetária e juros de mora nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor.

- A aposentadoria por invalidez (DIB fixada em 30/06/2008) foi concedida por transformação do auxílio-doença NB 31/529.961.809-0, com DIB em 22/04/2008, de modo que sua RMI deve ser calculada conforme previsão do artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99.

- Inequívoco que devem ser compensadas as parcelas pagas administrativamente em período concomitante, sob pena de efetuar-se pagamento em duplicidade ao exequente, que acarretaria seu enriquecimento ilícito. O artigo 124 da Lei nº 8.213/91, veda o recebimento conjunto do auxílio-doença e qualquer aposentadoria.

- Conforme extrato CNIS juntado aos autos, houve recolhimentos em nome do autor, como empregado, na empresa Tupi Transportes Urbanos Piratininga Ltda entre 06/2003 a 09/2004, de 11/2004 a 06/2007, de 12/2008 a 04/2009 e de 09/2009 a 12/2010, de modo que há recolhimento de contribuições previdenciárias em concomitância com a concessão do benefício por incapacidade. No entanto, apesar de conhecida, a questão não foi debatida pela Autarquia no processo de conhecimento.

- Decisão proferida em sede de recurso representativo de controvérsia, pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.235.513/AL), que pacificou a questão no sentido de que *nos embargos à execução, a compensação só pode ser alegada se não pôde ser objeto no processo de conhecimento. Se a compensação baseia-se em fato que já era passível de ser invocado no processo cognitivo, estará a matéria protegida pela coisa julgada.*

- Conforme determinação do título exequendo, a correção monetária e os juros moratórios devem ser aplicados nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos

para os Cálculos na Justiça Federal em vigor.

- Não se desconhece o julgamento do Plenário do C. Supremo Tribunal Federal que, em sessão de 25/3/15, apreciou as questões afetas à modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade referentes às ADIs nºs 4.357 e 4.425, resolvendo que tratam apenas da correção e juros na fase do precatório. Por outro lado, no julgamento do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux, foi reconhecida a existência de nova repercussão geral sobre correção monetária e juros a serem aplicados na fase de conhecimento. Entendeu o E. Relator que essa questão não foi objeto das ADIs nºs 4.357 e 4.425, que, como assinalado, tratavam apenas dos juros e correção monetária na fase do precatório.

- Como a matéria ainda não se encontra pacificada, a correção monetária e os juros de mora incidem nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em obediência ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005 (*in casu*, o aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF), ao título exequendo e ao princípio do *tempus regit actum*.

- Os cálculos de liquidação devem ser refeitos, com o cálculo da RMI nos termos previstos no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, sem a compensação dos valores recebidos no período em que manteve vínculo empregatício, mas descontados os valores recebidos a título de auxílio-doença - NB 31/529.961.809-0 e NB 31/524.980.741-9, além dos valores recebidos a título de tutela antecipada, com aplicação da correção monetária nos termos da Resolução nº 267/2013 do CJF.

- Apelo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 03 de abril de 2017.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

Cuida-se de apelação, interposta pela parte autora, em face da sentença de fls. 60/61, que julgou parcialmente procedentes os embargos à execução para homologar os cálculos do contador no valor de R\$ 13.222,89, para fevereiro/2016. Fixada a sucumbência recíproca, condenou o INSS ao pagamento de honorários, fixados em 10% sobre o valor da causa, e condenou o embargado no mesmo percentual, aplicando a suspensão da exigibilidade do pagamento enquanto mantiver situação de insuficiência de recursos que deu causa à concessão do benefício da justiça gratuita.

Alega a parte autora que o título executivo previu tão somente a compensação dos valores recebido em função da tutela antecipada concedida, não sendo cabível o desconto de valores recebidos no período em que manteve vínculo empregatício, como apresentado pela

Contadoria, salientando que a matéria não foi sequer questionada pelo INSS. No que se refere à RMI, alega que a Contadoria se equivocou, apurando valores inferiores ao devido. Por fim, sustenta que a atualização monetária deve ser feita nos moldes da Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Pleiteia o acolhimento de sua conta.

Devidamente processados, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

O título exequendo diz respeito à concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, no valor a ser apurado nos termos do art. 44, da Lei 8.213/91, com DIB em 30/06/2008 (data da cessação administrativa), com a compensação dos valores recebidos em função da tutela antecipada, em razão do impedimento de duplicidade, e com o pagamento das diferenças daí advindas, com correção monetária e juros de mora nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor. Verba honorária fixada em 10% sobre o valor da condenação, até a data da sentença.

Transitado em julgado o *decisum*, a autora apresentou conta de liquidação no valor total de R\$ 79.227,40, atualizada para 31.07.2014.

Citado nos termos do artigo 730 do CPC, o INSS opôs embargos à execução, acompanhado de cálculos no valor de R\$ 48.437,40, para 07/2014, com atualização monetária pela TR.

Remetidos os autos à Contadoria Judicial, apresentou cálculo no valor total de R\$ 13.222,89, atualizado até 02/2016, aplicando juros e correção monetária conforme Resolução nº 267/2013. Informou que o cálculo da RMI da aposentadoria por invalidez foi elaborado a partir da conversão do auxílio-doença recebido no período de 22/04/2008 a 15/09/2008, com aplicação do coeficiente de cálculo de 100%, descontados os valores recebidos a título de auxílio-doença (B31/529.961.809-0 e B31/529.980.741-9) bem como no período em que houve recebimento de salários de dezembro/2008 a abril/2009 e de setembro/2009 a novembro/2010.

Os cálculos da contadoria foram acolhidos pela sentença, motivo do apelo, ora apreciado.

Primeiramente, verifica-se que, no caso, a aposentadoria por invalidez, com DIB em 30/06/2008, foi concedida por transformação do auxílio-doença NB 529.961.809-0, com DIB em 22/04/2008, de modo que a RMI deve ser calculada conforme previsão do artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99 que dispõe que “A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral”.

No que se refere ao desconto de valores recebidos, observo que o artigo 124 da Lei nº 8.213/91 veda o recebimento conjunto do auxílio-doença e qualquer aposentadoria.

Assim, inequívoco que devem ser compensadas as parcelas pagas administrativamente em período concomitante, sob pena de efetuar-se pagamento em duplicidade ao exequente, que acarretaria seu enriquecimento ilícito.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO - LAUDO PERICIAL.

I - Os elementos constantes dos autos conduzem à conclusão quanto à incapacidade laboral da autoral, já que é portadora de discopatia degenerativa da coluna lombar e hérnia discal associada, apresentando crises constantes de dor, consoante atestados médicos acostados ao autos.

II - Embora a cessação do benefício de auxílio-doença possa ter ocorrido em data posterior ao constante na decisão guerreada (10.02.2008), conforme alegado pelo réu (informação contida no Cadastro Nacional de Informações Sociais), o termo inicial do benefício de aposentadoria por invalidez resta mantido a contar da data da citação (01.02.2008 - fl. 84), devendo ser descontadas eventuais parcelas pagas a título de auxílio-doença no período.

III - Corrigido o erro material apontado, para estabelecer que a renda mensal inicial deverá ser calculada de acordo com art. 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99. IV - Agravo interposto pelo réu parcialmente provido.

(TRF - 3ª Região; AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1385542; Processo nº 200861170001040; Órgão Julgador: DÉCIMA TURMA; Fonte: DJF3 CJ1; DATA: 13/05/2009; PÁGINA: 694; Relator: JUIZ SERGIO NASCIMENTO- negritei)

PREVIDENCIÁRIO - REVISIONAL DE BENEFÍCIOS - RENDAS MENSAIS A PARTIR DE 02/1997 A 03/1999 PAGAS ADMINISTRATIVAMENTE COM ATRASO - INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA - PROCEDÊNCIA - PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA - DESCONTO DE VALORES PAGOS ADMINISTRATIVAMENTE - CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS - APELAÇÃO DO INSS IMPROVIDA. REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PROVIDA

- O depósito efetuado em favor da parte autora pelo INSS a título de parcelas em atraso e sem a devida correção monetária, oriundo da concessão administrativa do benefício, ocorreu não antes de 04/05 de 1999 e, portanto, no quinquênio que antecedeu a propositura desta ação, o que se deu em 20.11.2003.

- Não é cabível, portanto, a fixação da prescrição dos valores vencidos porque, conforme se verifica dos documentos anexados aos autos, realmente a parte autora ajuizou a ação antes que se perfizesse o lapso quinquenal.

- É devida a correção monetária apurada sobre os valores referentes às parcelas do benefício previdenciário pagas com atraso.

- Eventuais valores de diferenças já pagos administrativamente a título idêntico devem ser descontados por ocasião da execução de sentença.

- Possibilidade de compensação dos valores pagos a título de auxílio-doença (NB 101.635.672-0) após 29.09.1998; data em que o referido benefício foi convertido em aposentadoria por invalidez, em razão da impossibilidade de cumulação de benefícios.

- Apuradas as diferenças correspondentes à atualização monetária do benefício, tais valores passarão a corresponder ao principal, e sobre ele deverão incidir os juros de mora, contados da data da citação, bem como correção monetária.

- A correção monetária deverá incidir consoante dispõem as Súmulas nº 148 do Colendo STJ e 08 desta E. Corte e Resolução nº 561, de 02-07-2007, do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o novo Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal.

- Os juros de mora incidem desde a citação inicial, à razão de 1% (um por cento) ao mês, conforme artigo 406 do Código Civil, Lei nº 10.406/2002, considerando que o INSS foi citado já sob a égide desse diploma.

(...)

(TRF - 3ª Região; AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1070400; Processo nº 200503990484710; Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA; Fonte: DJF3 CJ2 DATA: 18/02/2009 PÁGINA: 413; Relator: JUIZA EVA REGINA)

Assim, diante de *previsão legal*, devem ser compensados os valores recebidos a título de auxílio doença em período concomitante à aposentadoria por invalidez.

De outro lado, procede a insurgência do apelante no que se refere ao desconto dos valores recebidos a título de salários, uma vez que não foi determinado tal desconto no título executivo.

Conforme decisão proferida em sede de recurso representativo de controvérsia, pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.235.513/AL), *nos embargos à execução, a compensação só pode ser alegada se não pôde ser objeto no processo de conhecimento. Se a compensação baseia-se em fato que já era passível de ser invocado no processo cognitivo, estará a matéria protegida pela coisa julgada.*

Confira-se o julgado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ Nº 08/2008. SERVIDORES DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS-UFAL. DOCENTES DE ENSINO SUPERIOR. ÍNDICE DE 28,86%. COMPENSAÇÃO COM REAJUSTE ESPECÍFICO DA CATEGORIA. LEIS 8.622/93 E 8.627/93. ALEGAÇÃO POR MEIO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO QUE NÃO PREVÊ QUALQUER LIMITAÇÃO AO ÍNDICE. VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. ARTS. 474 E 741, VI, DO CPC.

1. As Leis 8.622/93 e 8.627/93 instituíram uma revisão geral de remuneração, nos termos do art. 37, inciso X, da Constituição da República, no patamar médio de 28,86%, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal, com base no princípio da isonomia, decidiu que este índice deveria ser estendido a todos os servidores públicos federais, tanto civis como militares.

2. Algumas categorias de servidores públicos federais também foram contempladas com reajustes específicos nesses diplomas legais, como ocorreu com os docentes do ensino superior. Em razão disso, a Suprema Corte decidiu que esses aumentos deveriam ser compensados, no âmbito de execução, com o índice de 28,86%.

3. Tratando-se de processo de conhecimento, é devida a compensação do índice de 28,86% com os reajustes concedidos por essas leis. Entretanto, transitado em julgado o título judicial sem qualquer limitação ao pagamento integral do índice de 28,86%, não cabe à União e às autarquias federais alegar, por meio de embargos, a compensação com tais reajustes, sob pena de ofender-se a coisa julgada. Precedentes das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal.

4. Não ofende a coisa julgada, todavia, a compensação do índice de 28,86% com reajustes concedidos por leis posteriores à última oportunidade de alegação da objeção de defesa no processo cognitivo, marco temporal que pode coincidir com a data da prolação da sentença, o esgotamento da instância ordinária ou mesmo o trânsito em julgado, conforme o caso.

5. Nos embargos à execução, a compensação só pode ser alegada se não pôde ser objetada no processo de conhecimento. Se a compensação baseia-se em fato que já era passível de ser invocado no processo cognitivo, estará a matéria protegida pela coisa julgada. É o que preceitua o art. 741, VI, do CPC: “Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre (...) qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença”.

6. No caso em exame, tanto o reajuste geral de 28,86% como o aumento específico da categoria do magistério superior originaram-se das mesmas Leis 8.622/93 e 8.627/93, portanto, anteriores à sentença exequenda. Desse modo, a compensação poderia ter sido alegada pela autarquia recorrida no processo de conhecimento.

7. Não arguida, oportunamente, a matéria de defesa, incide o disposto no art. 474 do CPC, reputando-se “deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento como à rejeição do pedido”.

8. Portanto, deve ser reformado o aresto recorrido por violação da coisa julgada, vedando-se

a compensação do índice de 28,86% com reajuste específico da categoria previsto nas Leis 8.622/93 e 8.627/93, por absoluta ausência de previsão no título judicial exequendo.

9. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao art. 543-C do CPC e à Resolução STJ nº 08/2008.

(REsp 1235513/AL, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 20/08/2012).

In casu, conforme extrato CNIS juntado a fls. 52/52-verso, há recolhimentos em nome do autor, como empregado, na empresa Tupi Transportes Urbanos Piratininga Ltda entre 06/2003 a 09/2004, de 11/2004 a 06/2007, de 12/2008 a 04/2009 e de 09/2009 a 12/2010.

Portanto, há recolhimento de contribuições previdenciárias em concomitância com a concessão do benefício por incapacidade.

No entanto, apesar de conhecida pelo INSS, a questão não foi debatida pela Autarquia no processo de conhecimento.

Dessa forma, conforme a decisão proferida em sede de recurso representativo de controvérsia acima mencionada, não há como efetuar a compensação pretendida pelo INSS, eis que mesmo tendo conhecimento do exercício de atividade laborativa pela parte autora, deixou de requisitar, no processo de conhecimento, a compensação ora pretendida.

Quanto à correção monetária, o título exequendo (decisão monocrática proferida em 14/03/2014) determinou expressamente que: “A correção monetária e os juros moratórios incidirão nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor.”.

É certo que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, em 14 de março de 2013, declarou a inconstitucionalidade *parcial*, por arrastamento, do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei nº 11.960/2009, na ADI nº 4357-DF, que cuida da arguição de inconstitucionalidade de disposições introduzidas no art. 100 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 62/2009.

Restou afastada, conseqüentemente, a aplicação dos “índices oficiais de remuneração básica” da caderneta de poupança como indexador de correção monetária nas liquidações de sentenças proferidas contra a Fazenda Pública.

Na oportunidade observo que em vista da necessidade de serem uniformizados e consolidados os diversos atos normativos afetos à Justiça Federal de Primeiro Grau, bem como os Provimentos da Corregedoria desta E. Corte de Justiça, a fim de orientar e simplificar a pesquisa dos procedimentos administrativos e processuais, que regulam o funcionamento da Justiça Federal na Terceira Região, foi editada a Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região - Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005, que impôs obediência aos critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.

E, em vista da declaração de inconstitucionalidade *parcial*, por arrastamento, do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, foi editada a Resolução nº 267, de 02/12/2013, alterando o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134, de 21 de dezembro de 2010.

De acordo com a nova Resolução, nos procedimentos de cálculos que visam à liquidação de sentenças, passam a ser observados pelos setores de cálculos da Justiça Federal, para sentenças proferidas em ações previdenciárias, o INPC (Lei nº 10.741/2003, MP nº 316/2006 e Lei nº 11.430/2006).

Acrescente-se que, no que diz respeito aos juros de mora, o atual Manual de Cálculos, que foi alterado pela Resolução nº 267, de 02/12/2013, manteve a aplicação da Lei nº 11.960/09. Todavia, a MPV nº 567/2012, convertida na Lei nº 12.703/2012, alterou a sistemática de juros da caderneta de poupança, estabelecendo o teto de 70% da taxa SELIC, mensalizada, quando esta for igual ou inferior a 8,5% ao ano.

Cumpra ainda consignar que não se desconhece o julgamento do Plenário do C. Supremo Tribunal Federal que, em sessão de 25/3/15, apreciou as questões afetas à modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade referentes às ADIs nºs. 4.357 e 4.425, resolvendo que tratam apenas da correção e juros na fase do precatório.

Por outro lado, no julgamento do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux, foi reconhecida a existência de nova repercussão geral sobre correção monetária e juros a serem aplicados na fase de conhecimento.

Entendeu o E. Relator que essa questão não foi objeto das ADIs nºs. 4.357 e 4.425, que, como assinalado, tratavam apenas dos juros e correção monetária na fase do precatório.

Assim, a correção monetária e os juros de mora incidem nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em obediência ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005, ao título exequendo e ao princípio do *tempus regit actum*.

Nesses termos, os cálculos de liquidação devem ser refeitos, com o cálculo da RMI nos termos previstos no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, sem a compensação dos valores recebidos no período em que manteve vínculo empregatício, mas descontados os valores recebidos a título de auxílio-doença - NB 31/529.961.809-0 e NB 31/524.980.741-9, além dos valores recebidos a título de tutela antecipada, com aplicação da correção monetária nos termos da Resolução nº 267/2013 do CJF.

Por essas razões, dou parcial provimento ao apelo da parte autora apenas para determinar o refazimento da conta de liquidação apresentada pela Contadoria Judicial nos moldes acima explicitados.

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0003280-44.2016.4.03.6128

(2016.61.28.003280-5)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: GUILHERME SILVA CAVALCANTI
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JUNDIAÍ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN
Classe do Processo: AMS 367055
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/04/2017

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL. DESEMPENHO DA ATIVIDADE DE MÉDICO, EXPOSTO A AGENTES AGRESSIVOS BIOLÓGICOS. POSSIBILIDADE.

I - Comprovação do desempenho de atividades insalubres, na função de médico, exposto a agentes agressivos biológicos (pacientes ou materiais infecto-contagiantes - microorganismo).

II - Tempo de serviço especial reconhecido, devendo o INSS retificar a Certidão de Tempo de Contribuição emitida.

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 à remessa oficial e à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de abril de 2017.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Trata-se de remessa oficial e de apelação interposta em mandado de segurança impetrado por GUILHERME SILVA CAVALCANTI contra ato praticado pelo CHEFE DA AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DO INSS EM JUNDIAÍ -SP, que não constou em Certidão de Tempo de Contribuição o desempenho de atividades especiais.

A r. sentença de fls. 105/109 concedeu parcialmente a segurança, para reconhecer a especialidade do interregno de 01/07/1983 a 27/12/1984, determinando que a retificação da Certidão emitida. Sentença sujeita ao reexame necessário.

Em razões recursais de fls. 119/125, pugna a Autarquia Previdenciária pela reforma do *decisum*, ao argumento de que não restou comprovada a atividade em condições especiais.

Parecer do MPF à fl. 137.

Subiram os autos a esta instância para decisão.

É o relatório.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Inicialmente, tempestivo o recurso e respeitado os demais pressupostos de admissibilidade recursais, passo ao exame da matéria objeto de devolução.

Ressalto que, ante o princípio da unirrecorribilidade recursal, não conheço da apelação de fls. 126/128, uma vez que já houvera sido interposta apelação pelo INSS às fls. 119/125, ocorrendo, dessa forma, o fenômeno da preclusão consumativa.

O mandado de segurança é ação civil de rito sumário especial, destinado a proteger direito líquido e certo da violação efetiva ou iminente, praticada com ilegalidade ou abuso de poder por parte de autoridade pública (ou agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições do Poder Público), diretamente relacionada à coação, de vez que investida nas prerrogativas necessárias a ordenar, praticar ou ainda retificar a irregularidade impugnada, a teor do disposto no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, art. 1º da Lei nº 1.533/51 e art. 1º da atual Lei nº 12.016/09.

Acerca do direito material em si, cumpre uma breve digressão da legislação que rege a matéria.

A presente ação tem por escopo o reconhecimento do tempo de serviço laborado em condições especiais, ou seja, pretende tão somente a declaração da existência de uma relação jurídica, não objetivando alterar tal situação, sendo, dessa forma, imprescritível. Nesse sentido, o julgado desta Corte: 1ª Turma, AC nº 98.03.029000-2, Rel. Juíza Federal Eva Regina, DJU 06.12.2002, p. 604.

A norma aplicável sobre a conversibilidade do período é aquela vigente ao tempo da prestação do trabalho do segurado, em face do princípio *tempus regit actum*.

Sobre o tema, confirmam-se o julgado que porta a seguinte ementa:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM. POSSIBILIDADE. LEI 8.213/91, ART. 57, §§ 3 E 5º.

O segurado que presta serviço em condições especiais, nos termos da legislação então vigente, e que teria direito por isso à aposentadoria especial, faz jus ao cômputo do tempo nos moldes previstos à época em que realizada a atividade. Isso se verifica à medida em que se trabalha. Assim, eventual alteração no regime ocorrida posteriormente, mesmo que não mais reconheça aquela atividade como especial, não retira do trabalhador o direito à contagem do tempo de serviço na forma anterior, porque já inserida em seu patrimônio jurídico. É permitida a conversão de tempo de serviço prestado sob condições especiais em comum, para fins de concessão de aposentadoria. Recurso desprovido.

(STJ, 5ª Turma, REsp nº 392.833/RN, Rel. Min. Felix Fischer, j. 21.03.2002, DJ 15.04.2002).

Por oportuno, destaco que, para o reconhecimento da natureza especial da atividade exercida e a conversão desse intervalo especial em comum, cabe ao segurado demonstrar o trabalho em exposição a agentes agressivos, uma vez que as atividades constantes em regula-

mentos são meramente exemplificativas.

O extinto Tribunal Federal de Recursos, inclusive, após reiteradas decisões sobre a questão, editou a Súmula nº 198, com o seguinte teor:

Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento.

Nesse sentido, julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça: 6ª Turma, REsp nº 395988, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 18.11.2003, DJ 19.12.2003, p. 630; 5ª Turma, REsp nº 651516, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 07.10.2004, DJ 08.11.2004, p. 291.

Cumpre salientar que, em período anterior à da edição da Lei nº 9.032/95, a aposentadoria especial e a conversão do tempo trabalhado em atividades especiais eram concedidas em virtude da categoria profissional, conforme a classificação inserta no Anexo do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, e nos Anexos I e II do Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, ratificados pelo art. 292 do Decreto nº 611, de 21 de julho de 1992, o qual regulamentou, inicialmente, a Lei de Benefícios, preconizando a desnecessidade de laudo técnico da efetiva exposição aos agentes agressivos, exceto para ruído, sendo tratada originalmente no § 3º do art. 57 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta lei, ao segurado que tiver trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, sujeita a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

(...)

§ 3º O tempo de serviço exercido alternadamente em atividade comum e em atividade profissional sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão, segundo critérios de equivalência estabelecidos pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, para efeito de qualquer benefício.

Sobre o tema, precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça: 6ª Turma, REsp nº 440955, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 18.11.2004, DJ 01.02.2005, p. 624; 6ª Turma, AgRg no REsp nº 508865, Rel. Min. Paulo Medina, j. 07.08.2003, DJ 08.09.2003, p. 374.

A Lei nº 9.032, de 29 de abril de 1995, deu nova redação ao art. 57 da Lei de Benefícios, alterando substancialmente o seu § 4º, passando a exigir a *demonstração da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, químicos, físicos e biológicos*. A partir de então, retirou-se do ordenamento jurídico a possibilidade do mero enquadramento da atividade do segurado em categoria profissional considerada especial, mantendo, contudo, a possibilidade de conversão do tempo de trabalho comum em especial.

Saliente-se que o rol dos agentes nocivos contidos no Anexo do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, e nos Anexos I e II do Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, vigoraram até o advento do Decreto Regulamentar nº 2.172/97, de 5 de março de 1997, do Plano de Benefícios, o qual foi substituído pelo Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999.

Destaco, ainda, a alteração trazida pela Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, decorrente da conversão da Medida Provisória nº 1.523, de 11 de outubro de 1996 e reedições posteriores, que modificou substancialmente o *caput* do art. 58 da Lei de Benefícios, incluindo

novos parágrafos, exigindo, em síntese, a comprovação das atividades especiais efetuadas por meio de formulário preenchido pela empresa contratante, *com base em laudo técnico*, observando-se os ditames da redação dada aos parágrafos pela Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998.

Conforme já exposto neste voto, mediante o brocardo *tempus regit actum*, aplicar-se-á a lei vigente à época da prestação do trabalho. Pondero, contudo, que a exigência do laudo técnico pericial tão-somente poderá ser observada após a publicação da Lei nº 9.528/97. Neste sentido, precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça: 5ª Turma, REsp nº 602639, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 25.05.2004, DJ 02.08.2004, p. 538; 5ª Turma, AgRg no REsp nº 641291, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 16.09.2004, DJ 03.11.2004, p. 238.

Com a edição da Medida Provisória nº 1.663-10, de 28 de maio de 1998, nos termos do que dispôs o seu art. 28, revogou-se o § 5º do art. 57 da Lei de Benefícios, acrescentado pela Lei nº 9.032/95, extinguindo-se, contudo, o direito de conversão do tempo especial em comum, garantido no citado § 5º, a partir de então.

A Autarquia Previdenciária, ato contínuo, editou a Ordem de Serviço nº 600, de 2 de junho de 1998 e a de nº 612, de 21 de setembro de 1998 (que alterou a primeira), dispondo que o direito à conversão seria destinado apenas aos segurados que demonstrassem ter preenchido todos os requisitos à aposentadoria até a véspera da edição da edição da Medida Provisória nº 1.663-10/98, extrapolando, dessa forma, os limites legalmente estabelecidos, uma vez que as referidas Medidas Provisórias dispuseram somente sobre a revogação do citado § 5º do art. 57, não abordando o tema sobre o direito de conversão do efetivo período trabalhado anteriormente exercido.

Cumprе ressaltar que, nos termos do art. 84, IV, da Constituição Federal de 1988, a competência para expedição de decretos e regulamentos que visem a fiel execução das leis é privativa do Presidente da República. O ato administrativo que dela deriva, não pode alterar disposição legal ou criar obrigações diversas àquelas nela prescrita.

Mediante esta abordagem, verifica-se indiscutível a ilegalidade das supramencionadas Ordens de Serviços editadas pela Autarquia Previdenciária, o que mais se evidencia com a edição da Medida Provisória nº 1.663/13, de 27 de agosto de 1998, reeditada até a conversão na Lei nº 9.711, de 21 de novembro de 1998, onde a questão foi regulada nos seguintes termos:

Art. 28 - O Poder Executivo estabelecerá critérios para conversão do tempo de trabalho exercido até 28 de maio de 1998, sob condições especiais que sejam prejudiciais à saúde ou à integridade física, nos termos dos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 1991, na redação dada pelas Leis nº 9.032, de 28 de abril de 1995, e 9.528, de 10 de dezembro de 1997, e de seu regulamento, em tempo de trabalho exercido em atividade comum, desde que o segurado tenha implementado percentual do tempo necessário para a obtenção da respectiva aposentadoria especial, conforme estabelecido em regulamento.

Ademais, o art. 70 e parágrafos do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, com nova redação dada pelo Decreto nº 4.827, de 3 de setembro de 2003, afastaram definitivamente a interpretação dada pelas citadas Ordens de Serviços da Autarquia Previdenciária, ao prescrever, *in verbis*:

Art. 70. A conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum dar-se-á de acordo com a seguinte tabela:
(...)

§ 1º A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço.

§ 2º As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período.

Em observância ao disposto no § 2º acima citado, há que ser utilizado o fato de conversão respectivo.

Por oportuno, destaco, ainda, que o Decreto nº 4.882, de 18 de novembro de 2003, atenuou o conceito de trabalho permanente, passando o art. 65, parágrafo único, do Decreto nº 3.048/99, a vigorar com o seguinte teor:

Art. 65. Considera-se trabalho permanente, para efeito desta Subseção, aquele que é exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição do empregado, do trabalhador avulso ou do cooperado ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no *caput* aos períodos de descanso determinados pela legislação trabalhista, inclusive férias, aos de afastamento decorrentes de gozo de benefícios de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez acidentários, bem como aos de percepção de salário-maternidade, desde que, à data do afastamento, o segurado estivesse exercendo atividade considerada especial.

Assim, incontestável o direito à conversão do tempo de trabalho especial em qualquer período, independentemente de o segurado possuir ou não direito adquirido.

Resta claro, portanto, o direito ao reconhecimento do tempo de serviço especial, com base na categoria profissional até o advento da Lei nº 9.032/95, ou pela exposição a qualquer dos agentes nocivos descritos nos Anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, devidamente comprovada por meio da apresentação de SB 40, documento declaratório que descreve, detalhadamente, todas as atividades consideradas perigosas, penosas e insalubres do empregado, ressalvado o laudo técnico no caso de atividade com exposição a ruídos, fornecido pelo Instituto Autárquico e preenchido pela empresa.

Com relação a período posterior à edição da referida Lei, a comprovação da atividade especial deverá ser feita mediante formulário DSS-8030 (antigo SB 40), o qual goza da presunção de que as circunstâncias de trabalho ali descritas se deram em condições especiais, *não sendo, portanto, imposto que tal documento se baseie em laudo pericial*, com exceção ao limite de tolerância para nível de pressão sonora (ruído) já mencionado. Os referidos Decretos mantiveram a sua eficácia até a edição do Decreto nº 2.172, de 5 de março de 1997, que regulamentou a Medida Provisória nº 1523/96, convertida na Lei nº 9.528/97, a qual passou a exigir a apresentação de laudo técnico.

No tocante à utilização de Equipamentos de Proteção Individual - EPI, em recente decisão, com repercussão geral, no ARE 664.335/SC, assentou a Suprema Corte 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 à aposentadoria especial” (grifo nosso). No caso, porém, de dúvida em relação à efetiva neutralização da nocividade, decidiu que “a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial. Isto porque o uso de EPI, no caso concreto, pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submete”.

No mais, *especificamente quanto ao agente agressivo ruído*, o Pretório Excelso definiu 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”. Isso porque, “ainda que se pudesse aceitar que o problema causado pela exposição ao ruído relacionasse apenas à perda das funções auditivas, o que indubitavelmente não é o caso, é certo que não se pode garantir uma eficácia real na eliminação dos efeitos do agente nocivo ruído com a simples utilização de EPI, pois são inúmeros os fatores que influenciam na sua efetividade, dentro dos quais muitos são impassíveis de um controle efetivo, tanto pelas empresas, quanto pelos trabalhadores”.

Ao caso dos autos.

Sustenta a parte autora que faz jus ao reconhecimento da especialidade do labor no lapso de 01/07/1983 a 27/12/1984, bem como à expedição da Certidão de Tempo de Serviço com a referida informação, tendo, para tanto, colacionado a seguinte documentação:

- Perfil Profissiográfico Previdenciário de fls. 35/36 - médico, junto ao Hospital de Caridade São Vicente de Paulo - exposição a agentes agressivos biológicos (trabalhos e operações em contato permanente com pacientes ou materiais infecto-contagiantes - microorganismo), sem a comprovação da utilização de EPI que tenha efetivamente neutralizado a nocividade: viabilidade de reconhecimento, com base no código 1.3.4 do Decreto nº 83.080/79, bem como pela atividade desempenhada, prevista no código 2.1.3 do Decreto nº 83.080/79.

Como se vê, restou comprovado o período de trabalho especial no lapso acima explicitado.

Assim, do conjunto probatório coligido aos autos, assiste direito líquido e certo ao impetrante, no que se refere ao reconhecimento da atividade exercida sob condições especiais no lapso acima referido, e, por conseguinte, à retificação da Certidão de Tempo de Contribuição emitida.

Ante o exposto, *nego provimento à remessa oficial e à apelação do INSS*, mantendo a sentença proferida.

É o voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0036164-56.2016.4.03.9999
(2016.03.99.036164-5)

Apelante: HAROLDO SEBASTIÃO COUTINHO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA ELDORADO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ANA PEZARINI
Classe do Processo: AC 2199073
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/04/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE DE TRABALHADOR RURAL. SEGURADO ESPECIAL. PROVA TESTEMUNHAL INCONSISTENTE E CONTRADITÓRIA. UTILIZAÇÃO PARTILHADA DO IMÓVEL RURAL DE PROPRIEDADE DO AUTOR, POR MEEIROS FIXOS. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR DESCARACTERIZADO. BENEFÍCIO INDEFERIDO.

- A aposentadoria por idade de rurícola exige idade mínima de 60 anos (homem) e 55 anos (mulher), bem assim comprovação do exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência da benesse, conforme tabela progressiva, de cunho transitório, inserta no art. 142 da Lei nº 8.213/91, a ser manejada conforme o ano de implementação do requisito etário, ficando afastada a obrigatoriedade de contribuições.

- Findo o período de vigência da norma de transição, aplica-se a regra permanente estampada no art. 48 e parágrafos do mesmo diploma, na dicção da Lei nº 11.718/2008, exigindo-se a comprovação do exercício de labor rural por 180 meses (carência da aposentadoria por idade).

- Imprescindibilidade de concomitância temporal - ainda que ínfima - entre a data do documento indiciário do afazer rurícola e o interstício de atividade rural necessário à concessão da benesse. Precedente do C. STJ, em sede de recurso repetitivo (RESP 201200891007).

- O autor completou 60 anos em 17/02/2010, tendo sido colacionado, aos autos, princípio de prova material do labor rural, contemporâneo ao lapso reclamado ao deferimento da benesse.

- A prova testemunhal, no entanto, mostrou-se inconsistente e contraditória quanto à atividade campesina do autor, em regime de economia familiar.

- Ademais, malgrado as contradições existentes, as circunstâncias reveladas pela prova oral produzida são incompatíveis com o regime de economia familiar, no qual o trabalho de seus membros é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes, na forma do art. 11 da Lei nº 8.213/91, desde a sua redação original.

- A utilização partilhada do imóvel rural de propriedade do autor, por meeiros fixos, demonstra que o auxílio de terceiros não é eventual, descaracterizando o propalado regime. Precedentes da Nona Turma desta C. Corte.

- Apelação improvida.

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 à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de abril de 2017.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

Cuida-se de apelação da parte autora tirada de sentença que, em autos de concessão de aposentadoria por idade de trabalhador rural, julgou improcedente o pedido inicial (fls. 99/100).

Em seu recurso, pugna, o promovente, pela reforma da decisão combatida, ao argumento de existência de início de prova material da atividade rurícola, como segurado especial, corroborada por prova testemunhal harmônica. Sustenta, outrossim, que possui uma área de terras, que não é grande, mas o pouco que tem pôde dividir com as famílias que nelas vivem, ajudando-se uns aos outros, contratando diaristas, apenas, para a colheita por um ou dois dias, o que é permitido pela legislação em vigor (fls. 103/107).

Intimado o INSS acerca do apelo autoral, transcorreu, *in albis*, o prazo para apresentação de contrarrazões (fl. 111).

É o relatório.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

A teor do disposto no artigo 1.011 do NCPC, conheço do recurso de apelação de fls. 103/107, uma vez cumpridos os requisitos de admissibilidade.

A aposentadoria por idade de rurícola exige idade mínima de 60 anos (homem) e 55 anos (mulher), bem assim comprovação do exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência da benesse, conforme tabela progressiva, de cunho transitório, inserta no art. 142 da Lei nº 8.213/91, a ser manejada conforme o ano de implementação do requisito etário, ficando afastada a obrigatoriedade de contribuições. Findo o período de vigência da norma de transição, imperioso aplicar-se a regra permanente estampada no art. 48 e parágrafos do mesmo diploma, na dicção da Lei nº 11.718/2008, fincada, nesse particular, a exigência de demonstração do exercício de labor rural por 180 meses (carência da aposentadoria por idade).

Muito se debateu a respeito da comprovação da atividade rural para efeito de concessão do aludido benefício e, atualmente, reconhece-se na jurisprudência elenco de posicionamentos assentados sobre o assunto, a nortear apreciação das espécies e a valoração dos respectivos conjuntos probatórios. Dentre esses entendimentos, podem-se destacar os seguintes:

(I) é suficiente à demonstração do labor rural início de prova material (*v.g.*, documentos expedidos por órgãos públicos que contemplem a qualificação rurícola da parte autora, não sendo taxativo o rol de documentos previsto no art. 106 da Lei nº 8.213/91), corroborado por prova testemunhal coesa e harmônica, sendo inservível a tal finalidade prova exclusivamente testemunhal (Súmula STJ 149), inclusive para os chamados “boias-frias” (REsp nº 1.321.493/PR, apreciado na sistemática do art. 543-C do CPC);

(II) são extensíveis à mulher, a partir da celebração do matrimônio ou do limiar da união estável, os documentos em que os cônjuges, ou conviventes, aparecem qualificados como lavradores (*v.g.*, STJ, AGARESP 201402280175, Relatora Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJE 11/12/2014)

(III) não se enquadra como princípio documental certidão recente da Justiça Eleitoral, preenchida de acordo com informações fornecidas pelo próprio postulante do jubramento, assemelhando-se, portanto, à singela declaração unilateral de atividade profissional (*e.g.*, TRF3, AC 00160584920114039999, Relator Juiz Convocado Valdeci dos Santos, Décima Turma, e-DJF3 01/07/2015; AC 00025385620104039999, AC 1482334, Relatora Desembargadora Federal Tania Marangoni, Oitava Turma, e-DJF3 16/04/2015).

(IV) o afastamento do ofício rural, após o preenchimento de todos os requisitos exigidos à aposentadoria, não interfere em sua concessão, sendo, contudo, inaplicável aos rurícolas o estatuído no art. 3º, da Lei nº 10.666/2003 (STJ, PET nº 7.476/PR, 3ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 13/12/2010, Rel. p/ acórdão Min. Jorge Mussi; AgRg no REsp nº 1.253.184, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 06/09/2011; AgRg no REsp nº 1.242.720, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, j. 02/02/2012; REsp nº 1.304.136, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamim, j. 21/02/2013, DJe 07/03/2013), sob pena, inclusive, de se atribuir aos trabalhadores rurais regime híbrido em que se mesclariam as vantagens típicas dos cam-pesinos e outras inerentes exclusivamente aos obreiros urbanos;

(V) possível o reconhecimento de tempo de serviço rural antecedente ou ulterior ao princípio de prova documental apresentado, desde que ratificado por testemunhos idôneos (STJ, REsp nº 1.348.633/SP, Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, j. 28/08/2013, DJE 05/12/2014).

A despeito de toda evolução exegética a respeito da matéria, certo é que alguns pontos permaneceram polêmicos por anos e apenas recentemente experimentaram pacificação. Talvez o maior deles diga respeito, justamente, à necessidade de demonstração da labuta rural no período imediatamente anterior ao requerimento da benesse.

Respeitáveis posições recusavam uma resposta apriorística do que viesse a se entender pela expressão período imediatamente anterior, sob o argumento de que a solução da controvérsia passa por acurado estudo de cada caso concreto, com destaque à cronologia laboral da parte autora, a fim de definir se verdadeiramente se está diante de pessoa que dedicou sua vida profissional às lides rurais.

Sem embargo, o dissenso acabou desfechado pelo c. STJ em sede de recurso representativo de controvérsia, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO. REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 143 DA LEI 8.213/1991. REQUISITOS QUE DEVEM SER PREENCHIDOS DE FORMA CONCOMITANTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Tese delimitada em sede de representativo da controvérsia, sob a exegese do artigo 55, § 3º combinado com o artigo 143 da Lei 8.213/1991, no sentido de que o segurado especial tem que estar laborando no campo, quando completar a idade mínima para se aposentar por idade rural, momento em que poderá requerer seu benefício. Se, ao alcançar a faixa etária exigida no artigo 48, § 1º, da Lei 8.213/1991, o segurado especial deixar de exercer atividade rural, sem ter atendido a regra transitória da carência, não fará jus à aposentadoria por idade rural pelo descumprimento de um dos dois únicos critérios legalmente previstos para a aquisição do direito. Ressalvada a hipótese do direito adquirido em que o segurado especial preencheu ambos os requisitos de forma concomitante, mas não requereu o benefício.
2. Recurso especial do INSS conhecido e provido, invertendo-se o ônus da sucumbência. Observância do art. 543-C do Código de Processo Civil.
(RESP 201202472193, RESP - RECURSO ESPECIAL - 1354908, Relator MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE 10/02/2016)

No mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. CARÊNCIA. LABOR RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO DO BENEFÍCIO. REQUISITO. SÚMULA 83/STJ.

1. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que é necessária a prova do labor rural no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício de aposentadoria por idade, conforme arts. 39, I, e 143 da Lei 8.213/1991. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.342.355/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 26.8.2013; AgRg no AREsp 334.161/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 6.9.2013.

(...)

(AGARESP 201401789810, Relator Min. HERMAN BENJAMIN, STJ, SEGUNDA TURMA, DJE 28/11/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL. EXISTÊNCIA. COMPROVADO EFETIVO DESEMPENHO DE ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO, NOS TERMOS DO ART. 143 DA LEI Nº 8.213/91. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O trabalhador rural pode requerer aposentadoria por idade, no valor de 1 (um) salário mínimo, durante o prazo de 15 (quinze) anos contados da promulgação da Lei Federal nº 8.213/91. Para tanto, deverá comprovar o exercício da atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao mês em que cumprir o requisito idade, em número de meses idêntico à carência exigida para a concessão do benefício.

(...)

3. Agravo regimental improvido.

(AGA 200501236124, Relatora Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ, SEXTA TURMA, DJE 19/10/2009)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADORA RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL.

1. O entendimento jurisprudencial do STJ é no sentido de que a atividade urbana exercida no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício ou ao implemento do requisito etário impede a concessão da aposentadoria por idade rural, conforme arts. 142 e 143 da Lei 8.213/1991.

(...)

Agravo regimental improvido.

(AGARESP 201301680980, Relator HUMBERTO MARTINS, STJ, SEGUNDA TURMA, DJE 26/08/2013)

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. APOSENTADORIA POR IDADE. ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUISITO ETÁRIO NÃO CUMPRIDO. POSSIBILIDADE DE AVERBAÇÃO DOS INTERSTÍCIOS COMPROVADOS NOS AUTOS, A PARTIR DOS 12 ANOS. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1967. MULTA DIÁRIA. PREJUDICADA. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

(...)

III - A autora deixou o labor rural no máximo ano de 1992, visto que a partir daí passou a trabalhar como costureira, um dos requisitos externados no artigo 143 da Lei nº 8.213/91 não foi cumprido, qual seja, o labor rural até a data do implemento do quesito etário. Sendo assim, não faz jus à concessão do benefício de aposentadoria rural por idade, não obstante tenha direito à averbação do período de atividade rural devidamente comprovado nos autos.

(...)

(AC 00098544720154039999, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, TRF3, DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 09/12/2015)

Da análise dos entendimentos jurisprudenciais coletados, penso que a concessão da aposentadoria por idade de trabalhador rural há de se atrelar à comprovação do desempenho de labor rural quando da propositura da ação, da formulação do requerimento administrativo ou, ao menos, por ocasião do atingimento do requisito etário, como, de resto, textualmente deliberado por esta E. Corte em paradigma da Terceira Seção:

EMBARGOS INFRINGENTES. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE DE RURÍCOLA. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO CUMPRIMENTO DO REQUISITO ETÁRIO OU REQUERIMENTO DO BENEFÍCIO.

- Atividade rural, mesmo que descontínua, não comprovada no período imediatamente anterior ao implemento da idade ou requerimento do benefício, enseja a negação da aposentadoria de rurícola vindicada.

- Inaplicabilidade à hipótese do artigo 3º, §1º, da Lei 10.666/03, segundo a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça

(...)

- Permanecem arraigadas as exigências do artigo 143 da Lei 8.213/91 à concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural, na medida em que os benefícios de valor mínimo pagos aos rurícolas em geral possuem disciplina própria, em que a carência independe de contribuições mensais, daí que obrigatória, mesmo de forma descontínua, a prova do efetivo exercício da atividade no campo.

- Embora comportando temperamentos, via de regra, o abandono do posto de lavrador anteriormente ao implemento do requisito etário ou formulação do requerimento administrativo ou judicial, mormente quando contemporâneo ao emprego em atividade urbana do cônjuge que empresta à esposa requerente a qualidade de segurado, acaba inviabilizando por completo o deferimento da benesse postulada.

(EI 00139351020134039999, Relatora DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA, TRF3, TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 10/06/2015)

Outra temática remanesce polêmica à atualidade, mormente na seara desta egrégia Cor-

te, e diz com a necessidade de contemporaneidade do início de prova material ameadado a, quando menos, uma fração do período exigido pela lei para a outorga do benefício.

Muito embora reconheça postura algo hesitante deste Tribunal - que, muita vez, vem relativizando o atendimento dessa exigência, principalmente naquelas espécies em que o histórico laborativo rural da parte impressiona, permitindo divisar que na maior parte de sua jornada trabalhista a parte dedicou-se verdadeiramente aos ofícios campestres - tenho por certo que o egrégio STJ vem consagrando a imprescindibilidade de concomitância temporal - ainda que ínfima - entre a data do documento indiciário do afazer rurícola e o interstício de atividade rural necessário à concessão da benesse.

Seguem arestos nesse diapasão:

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. PERÍODO LEGAL DE CARÊNCIA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONTEMPORÂNEA. INEXISTÊNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 149/STJ. AÇÃO IMPROCEDENTE.

1. Nenhum dos documentos apresentados comprova o exercício da atividade rural no período de carência (138 meses - artigos 142 e 143 da Lei nº 8213/91) imediatamente anterior ao requerimento do benefício (2004), havendo apenas a prova testemunhal colhida.

2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que “conquanto não se exija a contemporaneidade da prova material durante todo o período que se pretende comprovar o exercício de atividade rural, deve haver ao menos um início razoável de prova material contemporânea aos fatos alegados, admitida a complementação da prova mediante depoimentos de testemunhas” (AgRg no REsp 1150825/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 23/10/2014).

3. Incide a Súmula 149/STJ (“A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário”), cuja orientação foi confirmada no julgamento do REsp nº 1.133.863/RN, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Terceira Seção, julgado em 13/12/2010, DJe 15/04/2011, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, uma vez que, no presente caso, a prova testemunhal não se fez acompanhar de qualquer documento contemporâneo ao tempo de atividade reclamado.

4. Ação rescisória improcedente.

(AR 3994/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, j. 23/09/2015, DJe 01/10/2015)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. COM PROVA ÇÃO DA ATIVIDADE AGRÍCOLA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL AMPLIADO POR PROVA TESTEMUNHAL.

1. O início de prova material será feito mediante documentos que comprovem o exercício da atividade rural, devendo ser contemporâneos ao período de carência, ainda que parcialmente, o que não ocorreu no caso. Precedentes do STJ.

2. O entendimento adotado pelo Tribunal local está em dissonância com a orientação reafirmada no Resp 1.321.493/PR, submetido ao rito do art. 543-C do CPC (recursos especiais repetitivos), que entendeu que se aplica a Súmula 149/STJ (“A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeitos da obtenção de benefício previdenciário”) aos trabalhadores rurais denominados boias-frias, sendo imprescindível a apresentação de início de prova material.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 436471/PR, AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0384226-1, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, j. 25/03/2014, DJe 15/04/2014)

PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DA ATIVIDADE RURAL ANTERIORMENTE AO INÍCIO DE PROVA MATERIAL . RESPALDO NA PROVA TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE. REEXAME DISPOSTO NO ART. 543-C DO CPC. RESP nº 1.348.633/SP. JULGAMENTO MANTIDO.

1. O STJ, ao apreciar o Recurso Especial nº 1.348.633 definiu que o trabalho rural pode ser reconhecido em período anterior ao início da prova material apresentada, desde que confirmado por prova testemunhal coesa.
2. Incidência da norma prevista no artigo 543-C, com a redação dada pela Lei 11.672/06, tendo em vista o julgado do STJ.
3. Análise do pedido nos termos da recente decisão proferida no recurso especial mencionado determina o cômputo da atividade como rurícola, para efeitos de contagem de tempo de serviço, antes do início da prova material.
4. Para comprovar o trabalho como rurícola, o autor apresentou cópia do certificado de dispensa de incorporação datado de 12/06/1974.
5. O início de prova material, portanto, é extemporâneo ao período que se pretende comprovar. Embora reconhecida a atividade rural pelo Relator com base em documento não contemporâneo ao período, tal fato não vincula o julgamento da retratação, quanto ao período anterior ao reconhecimento, na decisão agravada. Especialmente pelo teor do recurso especial apresentado.
6. A prova exclusivamente testemunhal não é suficiente para a comprovação da condição de trabalhador rural, nos termos do art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91, cuja norma foi confirmada pela Súmula 149 do STJ.
7. Incabível a retratação do acórdão, mantido o julgado tal como proferido.
(APELREEX 00232553620034039999, APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 888959, Relator DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS, TRF3, NONA TURMA, e-DJF3 10/07/2015)

Esposando o mesmo raciocínio, a Súmula 34 da TNU, *verbis*:

Para fins de comprovação do tempo de labor rural, o início de prova material deve ser contemporâneo à época dos fatos a provar.

A propósito, tenho que a condicionante resulta, de certo modo, enaltecida em recurso repetitivo emanado do c. STJ. Vale constatar, num primeiro lanço, o seguinte aresto, exarado sob o rito do art. 543-C do CPC/1973:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. SEGURADO ESPECIAL. TRABALHO RURAL. INFORMALIDADE. BOIAS-FRIAS. PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. ART. 55, § 3º, DA LEI 8.213/1991. SÚMULA 149/STJ. IMPOSSIBILIDADE. PROVA MATERIAL QUE NÃO ABRANGE TODO O PERÍODO PRETENDIDO. IDÔNEA E ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL. EXTENSÃO DA EFICÁCIA PROBATÓRIA. NÃO VIOLAÇÃO DA PRECITADA SÚMULA.

1. Trata-se de Recurso Especial do INSS com o escopo de combater o abrandamento da exigência de produção de prova material, adotado pelo acórdão recorrido, para os denominados trabalhadores rurais boias-frias.
2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
3. Aplica-se a Súmula 149/STJ (“A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeitos da obtenção de benefício previdenciário”) aos traba-

lhadores rurais denominados “boias-frias”, sendo imprescindível a apresentação de início de prova material.

4. Por outro lado, considerando a inerente dificuldade probatória da condição de trabalhador campestre, o STJ sedimentou o entendimento de que a apresentação de prova material somente sobre parte do lapso temporal pretendido não implica violação da Súmula 149/STJ, cuja aplicação é mitigada se a reduzida prova material for complementada por idônea e robusta prova testemunhal.

5. No caso concreto, o Tribunal *a quo*, não obstante tenha pressuposto o afastamento da Súmula 149/STJ para os “boias-frias”, apontou diminuta prova material e assentou a produção de robusta prova testemunhal para configurar a recorrida como segurada especial, o que está em consonância com os parâmetros aqui fixados.

6. Recurso Especial do INSS não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(RESP 201200891007, Relator Min. HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE 19/12/2012)

Ora bem, da leitura da ementa retrotranscrita, ressaí cristalino ser dispensável que o princípio de prova documental diga respeito a todo o período a comprovar-se: admite-se que aluda, apenas, à parcela deste. Equivale, pois, a afirmar-se que o princípio deve reportar-se ao menos a um quinhão do intervalo laborativo a ser comprovado. E, em ação de aposentadoria por idade rural, o que deve ser demonstrado é justamente o lapso dito de carência, vale dizer, a labuta campestre no período imediatamente anterior à vindicação do benefício, pois, sem isso, não há benesse a deferir-se.

Destarte, à luz dos julgados do c. STJ e da linha exegética acima, inclino-me pela simultaneidade, ainda quando diminuta, entre os documentos ofertados e o interregno laboral necessário à outorga do beneplácito.

Postas as balizas, passa-se ao exame do caso dos autos.

De pronto, verifica-se o cumprimento pela parte autora do requisito etário em 17/02/2010 (fl. 26), incumbindo-lhe, pois, demonstrar atividade campestre por 174 meses.

A título de início de prova documental, foram colacionados:

a) *certificado de cadastro do imóvel rural denominado “Sítio Bulha”, dos exercícios de 2006 a 2009, com área de 1,21 módulos fiscais (fl. 81);*

b) *certidão negativa de débitos relativos ao ITR, emitida em 03/12/2012 e válida até 01/6/2013 (fl. 82);*

c) *Declaração do ITR do exercício de 2012, atinente ao aludido imóvel (fl. 83).*

Resulta evidenciada a presença, *in casu*, de princípios de prova documental do labor rural, contemporâneos ao lapso reclamado ao deferimento da benesse (17/8/1995 a 17/02/2010).

Incumbe, então, verificar se os elementos indiciários são corroborados - e amplificados - pelos depoimentos colhidos.

Ouvido em 04/02/2016, o autor afirmou, de início, que trabalhou em uma madeireira, por dois anos. Quando indagado sobre os registros do INSS, que apontam o desempenho de tal labor entre os idos de 1975 e 1980, asseverou que foram cinco anos de trabalho, e não dois. Após deixar a madeireira, passou a trabalhar na lavoura. Por uns 4 ou 5 anos, foi arrendatário de um sítio, depois adquiriu um propriedade em Bananal Pequeno, no entanto, não foi capaz de lembrar quanto tempo lá trabalhou. Comprou, posteriormente, outro sítio, no bairro da Bulha, dedicando-se ao cultivo de banana e palmito, o que faz até os dias atuais.

Assegurou que não tem empregados, só trabalhadores que fazem bicos, diárias, quando necessário, para tirar o mato ou colher a produção, mas não soube dizer quantos o auxiliam no ano, tampouco qual a frequência. Aduziu, na sequência, que tem um empregado “que não é empregado”, é um meeiro que o ajuda.

Sobre o meeiro, informou que este fica com a parte da banana, contudo, que não corresponde à metade da produção, pois não sabem, de antemão, quanto vão ganhar com a comercialização.

Perguntado novamente sobre a frequência das colheitas e quantidade de trabalhadores que o auxiliam, disse que a colheita ocorre seis vezes ao ano, com duração de um dia, no qual trabalham até quatro pessoas.

As duas testemunhas, ouvidas na mesma data, informaram, de pronto, que ambas são meeiros do vindicante, proprietário do sítio.

Fábio Moreira do Carmo, que conhece o pretendente há mais de vinte anos, sabe que, nesse período, ele sempre trabalhou no sítio. Inicialmente, declarou que o ajuda, na condição de meeiro, que o sítio tem oito alqueires, nele plantam banana e palmito, bem assim que fica com metade da produção, mas não sabe informar os ganhos mensal ou anual, alegando que “não marca”. Acrescentou que não contam com nenhum ajudante, mesmo durante a colheita, na qual somente os dois trabalham. Inquirido sobre a frequência das colheitas e de eventuais trabalhadores que os auxiliam, frisou que corta banana mensalmente e palmito, trimestralmente, e, desta feita, que só tem “gente para ajudar” no dia do corte, que dura de um a dois dias, mas para colher tudo, levam-se cerca de três dias. Demonstrando certa hesitação, afirmou que todo mês precisa de três pessoas, seja quando o corte é de palmito e banana, seja só de banana.

Por sua vez, Marcos Antônio da Silva, que conhece o apelante há onze anos, assegurou que trabalham em três meeiros, no sítio de propriedade daquele. Não sabe o tamanho do sítio, estimando que tenha seis alqueires. Foi categórico ao afirmar que durante as safras da banana e palmito, além do trabalho dos três, precisam contratar mais três ou quatro ajudantes. Todavia, ora disse que corta palmito todo mês, ora que o faz a cada três meses.

Nesse contexto, estou em que a prova testemunhal não favorece o pleito autoral, mostrando-se inconsistente e contraditória quanto à atividade campesina do autor, em regime de economia familiar.

Veja-se que nas razões do apelo o autor sustentou que divide suas terras com outras duas pessoas (meeiros), mencionando também “famílias que nelas vivem” e que tal se destina ao sustendo destas últimas (fl. 104). Disse mais, que, na época de corte da lavoura, busca “parceiros”, e, adiante, que quando a roça está para colher, recebe ajuda de vizinhos ou outros lavradores (fl. 105). Por outra parte, no depoimento, aduziu que contrata diaristas, quando necessário, a respeito dos quais não soube informar a frequência, tampouco o quantitativo. Reinquirido, afirmou que na colheita trabalham até quatro pessoas. Já, Fábio Moreira do Carmo asseverou que trabalhavam na colheita, apenas, ele e o autor, como meeiros - que, em verdade, figuram em número de três - não contando com nenhum ajudante. Ao depois, afirmou que só tem “gente para ajudar” no dia do corte, e então, que todo mês precisa de três pessoas. Marcos Antônio da Silva foi categórico dizendo que, durante as safras da banana e palmito, além do trabalho dos três meeiros, precisam contratar mais três ou quatro ajudantes.

No que concerne às safras, nenhum deles mostrou-se capaz de informar, com precisão, o período em que ocorre: seis vezes ao ano? (para o autor); mensalmente, quanto à banana, e

trimestralmente, quanto ao palmito? (Fábio Moreira do Carmo), ou o palmito é cortado todo mês? (Marcos Antônio da Silva).

Em relação à meação, o autor assegurou que o meeiro fica com “a parte da banana” que, no entanto, não corresponde à metade da produção. Fábio Moreira do Carmo garantiu que fica com metade da produção, mas sequer sabe informar seus ganhos mensal ou anual, porque “não marca”.

De se atentar, ainda, para o fato de que o recorrente afirmou que trabalhou em uma madeireira, por dois anos, desdizendo-se, quando confrontado com os registros do INSS. Além disso, foi vago em relação ao período que laborou como arrendatário e incapaz de lembrar-se quanto tempo trabalhou em sua segunda propriedade, que precedeu a atual.

Assim, ainda que se conheça orientação jurisprudencial no sentido de que a meação, só por só, não seja de molde a descaracterizar a qualidade de segurado especial, nos termos do § 8º do artigo 11 da Lei nº 8213/91, certo é que as contradições de que padece a prova oral, tornando-a frágil e inconsistente, frustram a possibilidade de corroboração dos inícios de prova material coligidos.

Impõe-se, portanto, a improcedência da pretensão.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO**, mantendo a sentença recorrida.

É como voto.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0041490-94.2016.4.03.9999
(2016.03.99.041490-0)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: GERMANO BONRRUQUE
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA JACUPIRANGA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS
Classe do Processo: AC 2210673
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/04/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA *EXTRA PETITA* ANULADA. CAUSA EM CONDIÇÕES DE IMEDIATO JULGAMENTO. ARTIGO 1.013, § 3º, II, DO CPC/2015. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-DOENÇA RURAL. BENEFÍCIO NÃO CONTRIBUTIVO. ARTIGO 143 DA LEI 8.213/1991. NORMA TRANSITÓRIA. SEGURADO ESPECIAL. ARTIGO 39 DA REFERIDA LEI. LAUDO PERICIAL. INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL PRESETNE. PROVA ORAL PRECÁRIA. NÃO COMPROVAÇÃO DO LABOR RURAL. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. BENEFÍCIO INDEVIDO. PEDIDO IMPROCEDENTE.

- O MMº juízo *a quo*, no exercício da atividade jurisdicional, proferiu sentença *extra petita*, pois apreciou objeto diverso do pedido e, desse modo, está eivada de nulidade, a qual decreto de ofício, por infringência aos artigos 141 e 492 do CPC/2015.

- Estando o feito em condições de imediato julgamento, não há óbice algum a que o julgador passe à análise do mérito propriamente dito, nos termos do artigo 1.013, §3º, II, do Novo CPC.

- A aposentadoria por invalidez, segundo a dicção do art. 42 da Lei nº 8.213/91, é devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz para o trabalho e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. O auxílio-doença, benefício pago se a incapacidade for temporária, é disciplinado pelo art. 59 da Lei nº 8.213/91, e a aposentadoria por invalidez tem seus requisitos previstos no art. 42 da Lei 8.213/91.

- Para os trabalhadores rurais segurados especiais, a legislação prevê o pagamento de alguns benefícios não contributivos, no valor de um salário mínimo (artigo 39, I, da Lei nº 8.213/91). Depois da edição da Lei nº 8.213/91, a situação do rurícola modificou-se, pois passou a integrar sistema único, com os mesmos direitos e obrigações dos trabalhadores urbanos, tornando-se segurado obrigatório da Previdência Social. A partir do advento da Constituição da República de 1988 não mais há distinção entre trabalhadores urbanos e rurais (artigos 5º, *caput*, e 7º, da CF/88), cujos critérios de concessão e cálculo de benefícios previdenciários regem-se pelas mesmas regras. Assim, a concessão dos benefícios de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença para os trabalhadores rurais, se atendidos os requisitos essenciais, encontra respaldo na jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça e nesta Corte.

- Entendo, pessoalmente, que somente os trabalhadores rurais, na qualidade de segurados especiais, não necessitam comprovar os recolhimentos das contribuições pre-

videnciárias, devendo apenas provar o exercício da atividade laboral no campo, ainda que de forma descontínua, pelo prazo da carência estipulado pela lei, tal como exigido para o segurado especial. Assim dispõe o art. 11, VII, c/c art. 39, I, da Lei 8.213/91. Consequentemente, uma vez ausente a comprovação de exercício de atividade rural na forma do inciso I do artigo 39 da Lei nº 8.213/91, não se lhe pode conceder aposentadoria por invalidez rural.

- À míngua da previsão legal de concessão de benefício previdenciário não contributivo, não cabe ao Poder Judiciário estender a previsão legal a outros segurados que não sejam “segurados especiais”, sob pena de afrontar o princípio da distributividade (artigo 194, § único, III, da Constituição Federal). O artigo 143 da Lei nº 8.213/91, que permite a concessão de benefício sem o recolhimento de contribuições, referia-se somente à aposentadoria por idade. Ainda assim, trata-se de norma transitória com eficácia já exaurida.

- Enfim, penso que, quanto aos boias-frias ou diaristas - enquadrados como trabalhadores eventuais, ou seja, contribuintes individuais na legislação previdenciária, na forma do artigo 11, V, “g”, da LBPS - não há previsão legal de cobertura previdenciária no caso de benefícios por incapacidade, exatamente porque o artigo 39, I, da LBPS só oferta cobertura aos segurados especiais. Todavia, com a ressalva de meu entendimento pessoal, curvo-me ao entendimento da jurisprudência francamente dominante nos Tribunais Federais, nos sentido de que também o trabalhador boia-fria, diarista ou volante faz jus aos benefícios de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença não contributivos.

- No caso dos autos, o autor alega que exerceu atividades rurais em propriedade rural própria, em regime de economia familiar, até ser acometido de moléstia incapacitante que o impede de trabalhar.

- Como início de prova material do alegado trabalho rural, apresentou cópia da certidão de casamento, celebrado em 1989, com sua qualificação de lavrador. À f. 9, apresentou uma “solicitação de certidão de propriedade de Cadastro de Imóvel Rural” de propriedade de terceira pessoa: Alcides Bonrruque, referente à Chácara Beira Rio.

- Ocorre que a prova oral produzida é insuficiente à comprovação do exercício de trabalho rural do autor até o advento da incapacidade. A prova testemunhal é assaz simplória e assim, mostra-se insatisfatória para a prova dos fatos alegados.

- Requisitos não preenchidos. Pedido improcedente.

- Condenação da parte autora a pagar as 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, mas fica suspensa a exigibilidade, segundo a regra do artigo 98, § 3º, do mesmo código, por ser a parte autora beneficiária da justiça gratuita.

- Sentença *extra petita* anulada. Aplicação do artigo 1.013, §3º, II, do CPC/2015. Pedido improcedente. Análise da apelação prejudicada.

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, anular a sentença e, nos termos do artigo 1.013, §3º, II do CPC/2015, julgar improcedente o pedido, nos termos

do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de março de 2017.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Cuida-se de apelação interposta em face da r. sentença que julgou procedente o pedido de concessão de aposentadoria rural por idade à parte autora, desde a data da citação, discriminados os consectários legais, dispensado o reexame necessário.

Nas razões de apelação, a autarquia sustenta, em síntese, a ausência de comprovação do labor rural no período imediatamente anterior ao requerimento administrativo e exora a reforma integral do julgado.

Contrarrazões não apresentadas.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Preambularmente, verifico tratar-se de sentença *extra petita*.

Com efeito, a autora requereu expressamente a concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez rural.

Na petição inicial, afirmou que exerceu atividades rurais, em regime de economia familiar, até o advento de incapacidade laboral e que faz jus ao benefício por incapacidade desde a data do requerimento administrativo, apresentado em 14/8/2014 (f. 7).

Ocorre que o MM. juízo *a quo* julgou procedente o pedido “para condenar o INSS a conceder aposentadoria rural por idade em favor do requerente”.

Nessa esteira, a decisão apreciou *objeto diverso do pedido* e, desse modo, está eivada de nulidade, a qual decreto de ofício, por infringência aos artigos 141 e 492 do CPC/2015.

De outra parte, apesar de decretada a nulidade da sentença, aplico ao presente caso o disposto no artigo 1.013, § 3º, II, do CPC/2015 e conheço desde logo o pedido.

Discute-se o preenchimento dos requisitos legais para a concessão de benefício por incapacidade.

A *aposentadoria por invalidez*, segundo a dicção do art. 42 da Lei nº 8.213/91, é devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz para o trabalho e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.

O *auxílio-doença*, benefício pago se a incapacidade for temporária, é disciplinado pelo art. 59 da Lei nº 8.213/91, e a aposentadoria por invalidez tem seus requisitos previstos no art. 42 da Lei 8.213/91.

Assim, o evento determinante para a concessão desses benefícios é a *incapacidade para o trabalho*.

São exigidos à concessão desses benefícios: a qualidade de segurado, a carência de doze contribuições mensais - quando exigida -, a incapacidade para o trabalho de forma permanente e insuscetível de recuperação ou de reabilitação para outra atividade que garanta a subsistência (aposentadoria por invalidez) e a incapacidade temporária (auxílio-doença), bem como a demonstração de que o segurado não era portador da alegada enfermidade ao filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social.

Noutro passo, para os trabalhadores rurais *segurados especiais*, a legislação prevê o pagamento de alguns benefícios não contributivos, no valor de um salário mínimo (artigo 39, I, da Lei nº 8.213/91).

Depois da edição da Lei nº 8.213/91, a situação do rurícola modificou-se, pois passou a integrar sistema único, com os mesmos direitos e obrigações dos trabalhadores urbanos, tornando-se segurado obrigatório da Previdência Social.

A partir do advento da Constituição da República de 1988 não mais há distinção entre trabalhadores urbanos e rurais (artigos 5º, *caput*, e 7º, da CF/88), cujos critérios de concessão e cálculo de benefícios previdenciários regem-se pelas mesmas regras.

Assim, a concessão dos benefícios de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença para os trabalhadores rurais, se atendidos os requisitos essenciais, encontra respaldo na jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça e nesta Corte: STJ/ 5ª Turma, Processo 200100465498, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 22/10/2001; STJ/5ª Turma, Processo 200200203194, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 28/4/2003; TRF-3ª Região/ 9ª Turma, Processo 20050399001950-7, rel. juíza Marisa Santos, DJ 10/10/2005; TRF-3ª Região/ 8ª Turma, Processo 200403990027081, rel. juiz Newton de Lucca, DJ 11/7/2007; TRF-3ª Região/ 10ª Turma, Processo 200503990450310, rel. juíza Annamaria Pimentel, DJ 30/5/2007.

Entendo, pessoalmente, que somente os trabalhadores rurais, na qualidade de segurados especiais, não necessitam comprovar os recolhimentos das contribuições previdenciárias, devendo apenas provar o exercício da atividade laboral no campo, ainda que de forma descontínua, pelo prazo da carência estipulado pela lei, tal como exigido para o segurado especial. Assim dispõe o art. 11, VII, c/c art. 39, I, da Lei 8.213/91.

Consequentemente, uma vez ausente a comprovação de exercício de atividade rural na forma do inciso I do artigo 39 da Lei nº 8.213/91, não se lhe pode conceder aposentadoria por invalidez rural.

À minguada da previsão legal de concessão de benefício previdenciário não contributivo, não cabe ao Poder Judiciário estender a previsão legal a outros segurados que não sejam “segurados especiais”, sob pena de afrontar o *princípio da distributividade* (artigo 194, § único, III, da Constituição Federal).

O artigo 143 da Lei nº 8.213/91, que permite a concessão de benefício sem o recolhimento de contribuições, referia-se somente à aposentadoria por idade. Ainda assim, trata-se de norma transitória com eficácia já exaurida.

Enfim, penso que, quanto aos *boias-frias ou diaristas* - enquadrados como *trabalhadores eventuais*, ou seja, *contribuintes individuais* na legislação previdenciária, na forma do artigo 11, V, “g”, da LBPS - não há previsão legal de cobertura previdenciária no caso de benefícios por incapacidade, exatamente porque o artigo 39, I, da LBPS só oferta cobertura aos segurados especiais.

Todavia, com a ressalva de meu entendimento pessoal, curvo-me ao entendimento da jurisprudência francamente dominante nos Tribunais Federais, nos sentido de que também o

trabalhador boia-fria, diarista ou volante faz jus aos benefícios de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença não contributivos.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. RURICOLA (BOIA-FRIA). APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PROVA PURAMENTE TESTEMUNHAL. INTERPRETAÇÃO DE LEI DE ACORDO COM O ART. 5. DA LICC, QUE TEM FORO SUPRALEGAL. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO PELA ALINEA “A” DO AUTORIZATIVO CONSTITUCIONAL.

I - RURICOLA, ALEGANDO QUE TRABALHOU ANOS A FIO COMO “BOIA-FRIA”, AJUIZOU AÇÃO PEDINDO SUA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ (LCS NS. 11/71 E 16/73). O JUIZ - E EM SUAS AGUAS O TRIBUNAL A QUO - JULGOU PROCEDENTE SEU PEDIDO, NÃO OBSTANTE AUSÊNCIA DE PROVA OU PRINCÍPIO DE PROVA MATERIAL (LEI Nº 8.213/91, ART. 55, PAR. 3.).

II - A PREVIDENCIA, APOS SUCUMBIR EM AMBAS AS INSTANCIAS, RECORREU DE ESPECIAL (ALINEA “A” DO ART. 105, III, DA CF).

III - O DISPOSITIVO INFRACONSTITUCIONAL QUE NÃO ADMITE “PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL” DEVE SER INTERPRETADO “CUM GRANO SALIS” (LICC, ART. 5.). AO JUIZ, EM SUA MAGNA ATIVIDADE DE JULGAR, CABERA VALORAR A PROVA, INDEPENDENTEMENTE DE TARIFAÇÃO OU DIRETIVAS INFRACONSTITUCIONAIS. ADEMAIS, O DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL (ART. 202, I), PARA O “BOIA-FRIA”, SE TORNARIA PRATICAMENTE INFATIVEL, POIS DIFICILMENTE ALGUÉM TERIA COMO FAZER A EXIGIDA PROVA MATERIAL.

IV - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO PELA ALINEA “A” DO AUTORIZATIVO CONSTITUCIONAL.

(RESP 199400078773, RESP - 45643, Relator(a) ADHEMAR MACIEL, STJ, SEXTA TURMA, Fonte DJ DATA: 23/05/1994 PG: 12635).

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA RURAL POR INVALIDEZ. AUSÊNCIA DE VOTO VENCIDO. DIVERGÊNCIA TOTAL. ATIVIDADE RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. DIARISTA. EQUIPARAÇÃO COM EMPREGADO. RECOLHIMENTO A CARGO DO EMPREGADOR. QUALIDADE DE SEGURADO E CARÊNCIA CONFIGURADOS. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE COMPROVADA.

I - Não obstante a ausência de juntada do voto vencido aos autos, é possível inferir que a divergência é total, na medida em que foi dado provimento ao agravo interposto pela parte autora, no qual se objetivava a reforma da decisão proferida, com a condenação do réu a conceder o benefício de aposentadoria por invalidez.

II - O campo da divergência abarca todos os requisitos legais necessários para a concessão do benefício em comento, quais sejam: a existência ou não de incapacidade para o trabalho; a qualidade de segurado e o cumprimento da carência, notadamente a comprovação do alegado exercício de atividade rural, bem como a aferição dos documentos tidos como início de prova material do labor rural.

III - O laudo pericial, elaborado em 14.02.2007, refere que a autora é portadora de dermatite crônica e linfedema MID, encontrando-se incapacitada de forma total e permanente para o trabalho.

IV - A demandante acostou aos autos os documentos que podem ser reputados como início de prova material do alegado labor rural, quais sejam: certidão de casamento, celebrado em 10.09.1990, certidão de nascimento de sua filha, ocorrido em 07.04.1993, título eleitoral expedido em 1975 em nome do marido da autora, bem como protocolo de entrega de título eleitoral datado de 18.09.1986, nos quais o esposo da demandante fora qualificado como trabalhador agrícola/lavrador. Outrossim, há nos autos anotações em CTPS constando vín-

culos empregatícios de natureza rural ostentados pelo esposo da autora, referentes ao períodos de 02.08.1982 a 08.10.1982, de 09.04.1984 a 22.10.1984, de 21.05.1985 a 13.01.1986, de 09.06.1986 a 17.06.1986, 30.06.1986 a 12.09.1986, constituindo tais registros como início de prova material do alegado labor rural desempenhado pela parte autora, na medida em que a jurisprudência é pacífica no sentido de estender a condição de trabalhador rural do marido para a sua esposa.

V - Insta assinalar que a autora possui documento em nome próprio, em que vem qualificada como lavradora, conforme se verifica de extrato emitido pelo Centro de Saúde de Lourdes, emitido em 17.09.2001.

VI - As testemunhas ouvidas em Juízo foram unânimes em afirmar que a autora sempre trabalhou na roça, na condição de diarista, tendo prestados serviços para os produtores rurais Odécio, Celídio, João Mangueira e Luizinho. Asseveraram também que a demandante exerceu tal mister até adoecer, tendo cessado suas atividade laborativas três meses antes da data da audiência (12.07.2006), ou seja, em abril de 2006.

VII - A atividade rural resulta comprovada se a parte autora apresentar início razoável de prova material, corroborada por prova testemunhal idônea.

VIII - O próprio INSS considera o diarista ou bóia-fria como empregado. De fato, a regulamentação administrativa da autarquia (ON 2, de 11/3/1994, artigo 5, item "s", com igual redação da ON 8, de 21/3/97), considera o trabalhador volante, ou bóia-fria, como empregado. Destarte, não há como afastar a qualidade de rurícola da demandante e de segurada obrigatória da Previdência Social, na condição de empregada, nos termos do disposto no artigo 11, inciso I, a, da Lei nº 8.213/91.

IX - A responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias relativa à atividade rural exercida pela autora, na condição de empregada, cabia aos seus empregadores, não podendo ter seu direito ao benefício cerceado em face de erros cometidos por outrem.

X - Considerando que a demandante cessou sua atividade laborativa em abril de 2006 e tendo a presente ação sido ajuizada no mesmo mês (19.04.2006), não há que se falar em não cumprimento do período de carência ou na inexistência da qualidade de segurado.

XI - Tendo em vista a patologia sofrida pela autora, ocasionando-lhe a inaptidão laboral de forma total e permanente, não há como se deixar de reconhecer a inviabilidade de seu retorno ao labor, tampouco a impossibilidade de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, razão pela qual deve ser lhe concedido o benefício de aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 42 da Lei 8.213/91.

XII - Embargos Infringentes da parte autora a que se dá provimento.

(EI 00484931820074039999, EI - EMBARGOS INFRINGENTES - 1257176, Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, TRF3, TERCEIRA SEÇÃO, Fonte e-DJF3 Judicial 1 DATA: 08/10/2012).

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO. AGRAVO RETIDO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS: QUALIDADE DE SEGURADO, CARÊNCIA E INCAPACIDADE PARA O TRABALHO RURAL. ATENDIDOS. LAUDO PERICIAL: FAVORÁVEL. CORREÇÃO MONETÁRIA. CUSTAS.

1. Não conheço do agravo retido interposto pelo INSS contra decisão que deferiu pedido de tutela, vez que não reiterado nas razões ou nas contrarrazões da apelação (CPC, art. 523, § 1º).
2. Os requisitos indispensáveis para a concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez são: a) a qualidade de segurado; b) a carência de 12 (doze) contribuições mensais; c) a incapacidade parcial ou total e temporária (auxílio-doença) ou total e permanente (aposentadoria por invalidez) para atividade laboral.
3. Presente início de prova material: cópia de certidão de casamento (fl. 12) e CTPS com vínculos rurais (fl. 19/27); corroborada por prova testemunhal consistente (fls. 122): indubitável qualidade de segurado especial da parte autora.

4. Cabe consignar, ainda, que a condição de diarista, bóia-fria ou safrista não prejudica o direito da autora, pois enquadrada está como trabalhador rural para efeitos previdenciários (Precedentes: (AC 2005.01.99.057944-2/GO, Rel. Desembargadora Federal Neuza Maria Alves Da Silva, Segunda Turma, DJ p.21 de 28/06/2007 e AC 2006.01.99.032549-4/MG, Rel. Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima, Segunda Turma, DJ p.41 de 24/11/2006). É cediço que o trabalhador volante ou bóia-fria experimenta situação desigual em relação aos demais trabalhadores (STJ, AR2515 / SP), uma vez que, em regra, ou não tem vínculos registrados ou os tem por curtíssimo período, como se vê na espécie, devendo ser adotada solução “pro misero”.

5. Averiguada pericialmente a incapacidade laboral total e permanente para o labor (fls. 85/86).

6. DIB: a contar do requerimento administrativo.

7. Consectários legais: a) correção monetária e juros moratórios conforme Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal; b) sem custas, porque nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição federal (§3º do art. 109 da CF/88), o INSS está isento delas quando lei estadual específica prevê o benefício, o que se verifica nos estados de Minas Gerais, Goiás, Rondônia e Mato Grosso.

8. A antecipação de tutela deve ser mantida, porque presentes os requisitos e os recursos eventualmente interpostos contra o acórdão têm previsão de ser recebidos apenas no efeito devolutivo.

9. Não conhecer do agravo retido. Remessa oficial parcialmente provida, nos termos do item 7. Mantida a sentença nos demais termos.

(negritei, REO 00025596820114013818, REO - REMESSA EX OFFICIO - 00025596820114013818, Relator(a) JUIZ FEDERAL CLEBERSON JOSÉ ROCHA (CONV.), TRF1, SEGUNDA TURMA, Fonte e-DJF1 DATA: 18/09/2015 PAGINA: 2008).

Pois bem.

No caso dos autos, o autor alega que exerceu atividades rurais em propriedade rural própria, em regime de economia familiar, até ser acometido de moléstia incapacitante que o impede de trabalhar.

Como início de prova material do alegado trabalho rural, apresentou cópia da certidão de casamento, celebrado em 1989, com sua qualificação de lavrador.

À f. 9, apresentou uma “solicitação de certidão de propriedade de Cadastro de Imóvel Rural” de propriedade de terceira pessoa: Alcides Bonrruque, referente à Chácara Beira Rio.

Ocorre que a prova oral produzida é insuficiente à comprovação do exercício de trabalho rural do autor até o advento da incapacidade.

Os depoimentos das duas testemunhas, em audiência ocorrida em 22/6/2016, praticamente idênticos, foram genéricos e mal circunstanciados, pois se reportaram genericamente ao trabalho do autor na roça até cerca de dois anos, em razão de problemas de saúde.

As duas testemunhas afirmaram conhecer o autor há mais de trinta anos e que ele somente trabalhou no campo e nunca na cidade, sem a ajuda de empregados, mas não esclareceram se ele trabalhava em propriedade própria ou da família.

Ocorre que tal afirmação contrapõe-se aos dados do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, que demonstram algumas atividades urbanas nos anos de 1985; 187; 1992 e 2000. Ademais, o mesmo cadastro, atualizado em 14/8/2014, também revela endereço urbano do autor - diverso do imóvel rural indicado como local de residência e exercício de atividades rurais.

Nesse passo, a prova testemunhal é assaz simplória e assim, mostra-se insatisfatória para a prova dos fatos alegados.

Enfim, não há certeza a respeito do efetivo exercício de atividade de rural da parte autora até o advento de incapacidade.

Entendo que a fragilidade probatória nestes autos é gritante, não havendo nos autos elementos mínimos para a comprovação dos fatos constitutivos do direito da parte autora.

Nessas circunstâncias, ainda que constatada a incapacidade laboral do autor, os demais requisitos legais para a concessão do auxílio-doença não foram preenchidos.

Nesse sentido, cito o seguinte julgado:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. NÃO IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS. IMPROCEDÊNCIA.

Remessa oficial conhecida, em observância ao disposto no § 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil.

A aposentadoria por invalidez é devida ao segurado que, após cumprida a carência exigida em lei, estando ou não em gozo do auxílio-doença, for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade laborativa que lhe garanta a própria subsistência.

Caracteriza-se a perda da qualidade de segurado o fato da parte autora estar afastada das atividades laborativas, não comprovando que, à época de sua paralisação, estava acometida de males incapacitantes.

Inviável a concessão do benefício pleiteado, em face da não implementação dos requisitos legais.

Ausência de condenação da parte autora nas verbas da sucumbência por ser beneficiária da justiça gratuita.

Remessa oficial e apelação do INSS providas.

(TRF/3ª Região, APELREE 890509, Proc. 2003.03.99.024574-2, 7ª Turma, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, DJF3 10/12/2008, p. 472)

Dessa forma, concluo pelo não preenchimento dos requisitos exigidos à concessão do benefício pretendido, sendo improcedente o pedido da parte autora.

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, mas fica suspensa a exigibilidade, segundo a regra do artigo 98, § 3º, do mesmo código, por ser a parte autora beneficiária da justiça gratuita.

Ante o exposto, *anulo, de ofício, a r. sentença e, ex vi o artigo 1.013, § 3º, II, do CPC/2015, julgo improcedente o pedido de concessão de benefício por incapacidade laboral aduzido na inicial. Dou por prejudicada a análise da apelação interposta.*

É o voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0003037-93.2017.4.03.9999

(2017.03.99.003037-2)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: ILDA PASSAIA NUNES
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE LENÇÓIS PAULISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO
Classe do Processo: ApelReex 2218608
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/05/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA. ART. 48, “CAPUT”, E § 3º DA LEI 8.213/91. ATIVIDADE RURAL E URBANA COMPROVADAS. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. CONCOMITANTE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE URBANA OU RURAL COM O IMPLEMENTO DO REQUISITO ETÁRIO. INEXIBILIDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS. BENEFÍCIO DEVIDO.

1. O benefício de aposentadoria por idade urbana exige o cumprimento de dois requisitos: a) idade mínima, de 65 anos, se homem, ou 60 anos, se mulher; e b) período de carência (art. 48, “caput”, da Lei nº 8.213/91).
2. Início de prova material, corroborado por prova testemunhal, enseja o reconhecimento do tempo laborado como trabalhador rural. A atividade rural desempenhada em data anterior a novembro de 1991 pode ser considerada para averbação do tempo de serviço, sem necessidade de recolhimento de contribuições previdenciárias.
3. A Lei 11.718, de 20 de junho de 2008, ao introduzir o § 3, do art. 48, do mencionado diploma legal, permitiu a aposentadoria por idade híbrida, possibilitando a contagem cumulativa do tempo de labor urbano e rural, para fins de aposentadoria por idade.
4. Em se tratando de aposentadoria por idade híbrida, não se exige a simultaneidade entre o implemento do requisito etário e o exercício da atividade laborativa, seja esta urbana ou rural. Precedentes do STJ e desta Corte.
5. Comprovadas as atividades rurais e urbanas pela carência exigida, e preenchida a idade necessária à concessão do benefício, faz jus a parte autora ao recebimento da aposentadoria por idade.
6. Apelação e remessa necessária parcialmente providas. Fixados, de ofício, os consectários legais.

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 necessária e à apelação do INSS, fixando, de ofício, os consectários legais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de abril de 2017.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator):

Trata-se de ação previdenciária proposta por ILDA PASSAIA NUNES em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por idade rural.

Contestação do INSS, pugnando, em sede preliminar, pela extinção do processo, sem resolução do mérito, em razão da inexistência de prévio requerimento administrativo. No mérito, pede a improcedência do pedido, uma vez que a parte autora não teria preenchido os requisitos legais para a concessão do benefício pleiteado (fls. 35/40).

Réplica da autora (fls. 49/84).

Foram colhidos os depoimentos da autora e de suas testemunhas (mídia de fl. 106).

Sentença às fls. 131/135 pela procedência do pedido, fixando a sucumbência e a remessa necessária.

Apelação do INSS às fls. 142/148, sustentando, em síntese, a improcedência do pedido formulado na exordial.

Com contrarrazões (fls. 163/179), subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator):

O benefício da aposentadoria por idade é concedido, desde que demonstrado o cumprimento da carência, ao segurado trabalhador rural que tenha 60 anos de idade, se homem, ou 55 anos se mulher (§ 1º, artigo 48 da Lei nº 8.213/91).

O artigo 143 da Lei nº 8.213/1991, com redação determinada pela Lei nº 9.063, de 28.04.1995, dispõe que:

O trabalhador rural ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea "a" do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta Lei, pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados a partir da data de vigência desta Lei, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício.

Por sua vez, de acordo com o estabelecido no art. 3º da Lei 11.718/08, a partir de 01.01.2011 há necessidade de recolhimento das contribuições previdenciárias, uma vez que o período de 15 anos a que se refere o artigo 143 da Lei nº 8.213/91 exauriu-se em 31.12.2010, conforme disposto no artigo 2º da Lei nº 11.718/08, que assim dispõe:

Art. 2º. Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 143 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010.

No entanto, dada à função social protetiva que permeia a Previdência Social, extraída dos arts. 1º, 3º, 194 e 201, da Constituição da República, constata-se inadmissível a exigência do pagamento de tais contribuições pelo trabalhador rural, sobretudo pela informalidade das atividades desenvolvidas nesta seara, impondo destacar que a relação de labor rural exprime inegável relação de subordinação, pois as contratações ocorrem diretamente pelo produtor ou pelos denominados “gatos”.

Repise-se, aliás, que o dever de recolhimento das contribuições previdenciárias constitui ônus do empregador, o qual não pode ser transmitido ao segurado, que restaria prejudicado por negligente conduta a este não imputável (Nesse sentido: STJ - 5ª Turma, REsp 566405, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 15/12/2003; TRF - 3ª Região, 2ª Turma, AC 2000.03.99.006110-1, Rel. Des. Fed. Sylvia Steiner, j. 15/05/2001, RTRF-3ª Região 48/234).

Por outro lado, o colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a “necessidade de recolhimento de contribuições previdenciárias só é evidenciada para os casos em que se pleiteia o benefício aposentadoria por tempo de contribuição, tendo em vista que em caso de aposentadoria por idade rural, aplica-se o disposto no art. 39, I, da Lei 8.213/1991. Vale dizer, basta a comprovação do efetivo exercício da atividade rural, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que de forma descontínua, em período anterior ao requerimento do benefício, por período igual ao número de meses de carência do benefício.” (AgRg no REsp 1.537.424/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 03/09/2015).

Assim, comprovado o exercício de atividade rural pelo prazo determinado na Lei nº 8.213/1991, bem como o implemento da idade estipulada, as situações fáticas que levam à aquisição de direito a benefícios previdenciários, mesmo que constituídas anteriormente à sua vigência, subordinam-se aos seus efeitos jurídicos.

Cumpra ressaltar que os arts. 2º e 3º da Lei nº 11.718/08 não estabeleceram a fixação de prazo decadencial à aposentadoria por idade rural perquirida pelos que implementaram a idade após 31.12.2010, mas apenas traçaram novo regramento para comprovação de atividade rural (Nesse sentido: TRF - 10ª Turma, AC 1639403, Rel. Des. Fed. Baptista Pereira, e-DJF3 Judicial 1: 13.10.2011).

Nos casos em que a parte autora completa o requisito etário após 31.12.2010, já não se submete às regras de transição dos arts. 142 e 143, devendo preencher os requisitos previstos no art. 48, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.213/91 (com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.718/2008): 60 (sessenta) anos de idade, se homem, 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, tempo de efetiva atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período correspondente à carência exigida para o benefício, isto é, 180 (cento e oitenta) meses.

No que tange ao imediatismo do trabalho rural ao requerimento do benefício de que trata a lei, ficou assentado em recente decisão proferida em sede de Recurso Especial Representativo de Controvérsia que o trabalhador rural tem que estar exercendo o labor campestre ao completar a idade mínima exigida na lei, momento em que poderá requerer seu benefício. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO. REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 143 DA LEI 8.213/1991. REQUISITOS QUE DEVEM SER PREENCHIDOS DE FORMA CONCOMITANTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Tese delimitada em sede de representativo da controvérsia, sob a exegese do artigo 55, § 3º combinado com o artigo 143 da Lei 8.213/1991, no sentido de que o segurado especial tem que estar laborando no campo, quando completar a idade mínima para se aposentar por idade rural, momento em que poderá requerer seu benefício. Se, ao alcançar a faixa etária exigida no artigo 48, §1º, da Lei 8.213/1991, o segurado especial deixar de exercer atividade rural, sem ter atendido a regra transitória da carência, não fará jus à aposentadoria por idade rural pelo descumprimento de um dos dois únicos critérios legalmente previstos para a aquisição do direito. Ressalvada a hipótese do direito adquirido em que o segurado especial preencheu ambos os requisitos de forma concomitante, mas não requereu o benefício.
2. Recurso especial do INSS conhecido e provido, invertendo-se o ônus da sucumbência. Observância do art. 543-C do Código de Processo Civil. (STJ - 1ª Seção, REsp 1.354908/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. em 09/09/2015, DJe 10/02/2016).

Com efeito, o tempo de serviço do trabalhador rural exercido antes da data de início de vigência da Lei nº 8.213/1991, é de ser computado e averbado, independentemente do recolhimento das contribuições correspondentes.

Assim, a comprovação do tempo de serviço, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado, nos termos do artigo 55, § 3º, da aludida norma legal, produz efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida, porém, a prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito.

É certo que a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, nos termos da Súmula 149: "(...) A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário (...)". Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. CERTIDÃO DE CASAMENTO. MARIDO LAVRADOR. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL.

1. A comprovação da atividade laborativa do rurícola deve-se dar com o início de prova material, ainda que constituído por dados do registro civil, como certidão de casamento onde consta à profissão de lavrador atribuída ao marido da Autora. Precedentes da Terceira Seção do STJ.
2. Recurso especial conhecido em parte e provido (...). (REsp 707.846/CE, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ de 14/3/2005).

Importante anotar, contudo, que não se exige que a prova material se estenda por todo o período de carência, mas é imprescindível que a prova testemunhal amplie a eficácia probatória dos documentos, como se verifica nos autos. No mesmo sentido:

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURAL. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE AGRÍCOLA NO PERÍODO DE CARÊNCIA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL AMPLIADO POR PROVA TESTEMUNHAL. PEDIDO PROCEDENTE.

1. É firme a orientação jurisprudencial desta Corte no sentido de que, para concessão de aposentadoria por idade rural, não se exige que a prova material do labor agrícola se refira a todo o período de carência, desde que haja prova testemunhal apta a ampliar a eficácia probatória dos documentos, como na hipótese em exame.
2. Pedido julgado procedente para, cassando o julgado rescindendo, dar provimento ao recur-

so especial para restabelecer a sentença (...).

(AR 4.094/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2012, DJe 08/10/2012).

A matéria, a propósito, foi objeto de Recurso Especial Representativo de Controvérsia:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ART. 55, § 3º, DA LEI 8.213/91. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. RECONHECIMENTO A PARTIR DO DOCUMENTO MAIS ANTIGO. DESNECESSIDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONJUGADO COM PROVA TESTEMUNHAL. PERÍODO DE ATIVIDADE RURAL COINCIDENTE COM INÍCIO DE ATIVIDADE URBANA REGISTRADA EM CTPS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A controvérsia cinge-se em saber sobre a possibilidade, ou não, de reconhecimento do período de trabalho rural anterior ao documento mais antigo juntado como início de prova material.

2. De acordo com o art. 400 do Código de Processo Civil “a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso”. Por sua vez, a Lei de Benefícios, ao disciplinar a aposentadoria por tempo de serviço, expressamente estabelece no § 3º do art. 55 que a comprovação do tempo de serviço só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, “não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento” (Súmula 149/STJ).

3. No âmbito desta Corte, é pacífico o entendimento de ser possível o reconhecimento do tempo de serviço mediante apresentação de um início de prova material, desde que corroborado por testemunhos idôneos. Precedentes.

4. A Lei de Benefícios, ao exigir um “início de prova material”, teve por pressuposto assegurar o direito à contagem do tempo de atividade exercida por trabalhador rural em período anterior ao advento da Lei 8.213/91 levando em conta as dificuldades deste, notadamente hipossuficiente.

5. Ainda que inexistia prova documental do período antecedente ao casamento do segurado, ocorrido em 1974, os testemunhos colhidos em juízo, conforme reconhecido pelas instâncias ordinárias, corroboraram a alegação da inicial e confirmaram o trabalho do autor desde 1967.

6. No caso concreto, mostra-se necessário decotar, dos períodos reconhecidos na sentença, alguns poucos meses em função de os autos evidenciarem os registros de contratos de trabalho urbano em datas que coincidem com o termo final dos interregnos de labor como rurícola, não impedindo, contudo, o reconhecimento do direito à aposentadoria por tempo de serviço, mormente por estar incontroversa a circunstância de que o autor cumpriu a carência devida no exercício de atividade urbana, conforme exige o inc. II do art. 25 da Lei 8.213/91.

7. Os juros de mora devem incidir em 1% ao mês, a partir da citação válida, nos termos da Súmula nº 204/STJ, por se tratar de matéria previdenciária. E, a partir do advento da Lei 11.960/09, no percentual estabelecido para caderneta de poupança. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil.

(STJ - 1ª Seção, REsp 1.348.622/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 23/08/2013).

Ressalto, ainda, que se encontra pacificado no Superior Tribunal de Justiça que a qualificação da mulher como “doméstica” ou “do lar” na certidão de casamento não descaracteriza sua condição de trabalhadora rural, uma vez que é comum o acúmulo da atividade rural com a doméstica, de forma que a condição de rurícola do marido contido no documento matrimonial pode ser estendida à esposa. Nessa linha, julgados da Corte Superior:

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. CERTIDÃO DE CASAMENTO ONDE CONSTA O MARIDO LAVRADOR.

EXTENSÃO DA QUALIDADE DE TRABALHADOR RURAL EM REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR À ESPOSA. PRECEDENTES.

1. Conforme consignado na análise monocrática, consta dos autos a certidão de casamento da autora com o Sr. Sebastião Maurílio da Silva, já falecido, e lá qualificado como lavrador que, aliada à prova testemunhal, dão conta do exercício de atividade rural exercido em regime de economia familiar. Tal fato é reconhecido pela própria Corte.
2. Ora, se o Tribunal de origem reconheceu que há documento público do qual se consta como profissão do marido da autora lavrador e que houve testemunha para corroborar o depoimento da recorrente, não poderia ter decidido que “o Plano de Benefícios da Previdência Social, Lei nº 8.213/91, não admite prova exclusivamente testemunhal para comprovação de tempo de serviço, dispondo em seu artigo 55, parágrafo 3º, que a prova testemunhal só produzirá efeito quando baseada em início de prova material.” Isto, frise-se novamente, porque há certidão de casamento onde a profissão de seu falecido esposo como rurícola.
3. Com efeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o documento probante da situação de camponês do marido é extensível à esposa, ainda que desenvolva tarefas domésticas, ante a situação de camponeses comum ao casal.
4. Saliente-se, por fim, que não há violação do enunciado da Súmula 7/STJ quando a decisão desta Corte se fundamenta nas próprias premissas traçadas pela Corte de origem para fundamentar sua decisão.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1448931/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 02/06/2014).

Ocorre que, a parte autora anexou aos autos razoável início de prova material em que consta o termo “lavrador”, consubstanciado em cópia de sua certidão de casamento (03.10.1959; profissão do marido; fl. 26). Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL. VERIFICAÇÃO DO ACERVO PROBATÓRIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA DA ATIVIDADE. EXTENSÃO DA CONDIÇÃO DE TRABALHADOR RURAL DE UM DOS CÔNJUGES.

I - A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que constitui valoração, e não reexame de provas, a verificação do acervo probatório dos autos com vistas a confirmar o alegado exercício de atividade rurícola (AgRg no REsp 880.902/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 15/02/2007, DJ 12/03/2007, p. 329).

II - O precedente indicado pela embargante como paradigma retrata, de fato, o entendimento consolidado por esta Colenda Seção, segundo o qual, diante das dificuldades encontradas pelos trabalhadores rurais para a comprovação do tempo de serviço prestado nas lides camponesas, o exame das provas colacionadas aos autos não encontra óbice na Súmula 7 do STJ, por consistir em devida reavaliação do acervo probatório (AgRg no REsp 1150564/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 02/12/2010, DJe 13/12/2010).

III - Este Superior Tribunal de Justiça, nas causas de trabalhadores rurais, tem adotado critérios interpretativos favorecedores de uma jurisdição socialmente justa, admitindo mais amplamente documentação comprobatória da atividade desenvolvida.

IV - Seguindo essa mesma premissa, firmou posicionamento segundo o qual as certidões de nascimento, casamento e óbito, bem como certidão da Justiça Eleitoral, carteira de associação ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais e contratos de parceria agrícola são aceitos como início da prova material, nos casos em que a profissão rural estiver expressamente consignada.

V - Da mesma forma, admite que a condição profissional de trabalhador rural de um dos cônjuges, constante de assentamento em Registro Civil, seja extensível ao outro, com vistas à

comprovação de atividade rurícola.

VI - Orienta ainda no sentido de que, para a concessão de aposentadoria por idade rural, não se exige que a prova material do labor agrícola se refira a todo o período de carência, desde que haja prova testemunhal apta a ampliar a eficácia probatória dos documentos (AR 4.094/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 26/09/2012, DJE 08/10/2012).

VII - Embargos de Divergência acolhidos.

(STJ - 3ª Seção, ERESP 201200872240, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJE 05.03.2015) - grifo nosso.

Observo, ainda que, no que tange ao trabalho urbano eventualmente exercido pelo segurado ou por seu cônjuge, cuja qualificação como lavrador lhe é extensiva, encontra-se pacificado nesta Corte que o desempenho de atividade urbana, de per si, não constitui óbice ao reconhecimento da aposentadoria rural, desde que tenha sido exercido por curtos períodos, especialmente em época de entressafra, quando o trabalhador campesino recorre a trabalhos esporádicos em busca da sobrevivência. Outrossim, não afasta o direito ao benefício vindicado, quando restar provada a predominância da atividade rural durante todo o período produtivo de exercício laboral, como no presente caso. Nesse sentido, esta Corte vem decidindo: (AC nº 2016.03.99.000518-0/SP, decisão monocrática, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, 9ª Turma, DJe 14/06/2016 e APELREEX nº 0019905-93.2010.4.03.9999, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, 8ª Turma, julgado em 06/05/2013, DJF3 Judicial 1 - 20/05/2013).

As testemunhas ouvidas em Juízo (mídia de fl. 106), por sua vez, corroboraram, parcialmente, o alegado na exordial, não remanescendo quaisquer dúvidas quanto ao exercício, pela parte autora, de atividade rural em alguns dos períodos pleiteados.

Assim, verifico que a parte autora completou a idade necessária à concessão do benefício de aposentadoria rural em 05.10.1995. Todavia, consoante se infere do seu depoimento pessoal, deixou o trabalho rural antes dos 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, momento, portanto, anterior ao implemento do requisito etário.

Destarte, constatado que na ocasião em que atingiu o requisito etário exigido à aposentadoria por idade rural (1995), a parte autora não mais exercia atividades no campo, resta incabível a concessão do benefício pleiteado, diante da ausência de imediatismo.

Entretanto, ao analisar o extrato do CNIS da requerente, percebe-se que esta efetuou recolhimento ao INSS, na qualidade de contribuinte individual, entre 01.12.1991 a 31.03.1994.

Por sua vez, também, restou comprovado o exercício de atividades no campo entre 03.10.1959 a 01.01.1967.

Desta forma, apesar de a parte autora não possuir direito à aposentadoria por idade rural, pode-se conceder o benefício na modalidade híbrida.

Com efeito, o § 3º, do art. 48, da Lei nº 8.291/91, introduzido pela Lei nº 11.718, de 20 de junho de 2008, permitiu a aposentadoria por idade híbrida, possibilitando a contagem cumulativa do tempo de labor urbano e rural, para fins de aposentadoria por idade. Nessa esteira:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO CARACTERIZAÇÃO. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NÃO OCORRÊNCIA. ARTIGO 48, §§ 3º E 4º DA LEI 8.213/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.718/2008. OBSERVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. A Lei 11.718/2008 introduziu no sistema previdenciário brasileiro uma nova modalidade de aposentadoria por idade denominada aposentadoria por idade híbrida.
2. Neste caso, permite-se ao segurado mesclar o período urbano ao período rural e vice-versa, para implementar a carência mínima necessária e obter o benefício etário híbrido.
3. Não atendendo o segurado rural à regra básica para aposentadoria rural por idade com comprovação de atividade rural, segundo a regra de transição prevista no artigo 142 da Lei 8.213/1991, o § 3º do artigo 48 da Lei 8.213/1991, introduzido pela Lei 11.718/2008, permite que aos 65 anos, se homem e 60 anos, mulher, o segurado preencha o período de carência faltante com períodos de contribuição de outra qualidade de segurado, calculando-se o benefício de acordo com o § 4º do artigo 48.
4. Considerando que a intenção do legislador foi a de permitir aos trabalhadores rurais, que se enquadrem nas categorias de segurado empregado, contribuinte individual, trabalhador avulso e segurado especial, o aproveitamento do tempo rural mesclado ao tempo urbano, preenchendo inclusive carência, o direito à aposentadoria por idade híbrida deve ser reconhecido.
5. Recurso especial conhecido e não provido.
(REsp 1367479/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/09/2014, DJe 10/09/2014) - grifo nosso.

Consigne-se, ao ensejo, que em se tratando de aposentadoria por idade híbrida não se exige a simultaneidade entre o implemento do requisito etário e o exercício da atividade laborativa, seja esta urbana ou rural. No mais, não há vedação para que o tempo de serviço rural, anterior à Lei nº 8.213/91, seja considerado para efeito de carência, tampouco há exigência de recolhimento das respectivas contribuições. Nesse diapasão, colaciono os seguintes arestos:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA HÍBRIDA POR IDADE. ART. 48, § 3º, DA LEI Nº 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 Nº 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 nº 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 nº 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.
(STJ - 1ª Turma, REsp 1476383, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 08/10/2015) (grifei).

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE URBANA. LEI Nº 11.718/08. CONTAGEM MISTA DO TEMPO DE LABOR RURAL E URBANO PARA FINS DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR IDADE. POSSIBILIDADE. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL NO

MOMENTO QUE ANTECEDE O REQUERIMENTO. DESNECESSIDADE. CÔMPUTO DO TEMPO DE SERVIÇO RURAL ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 8.213/91 PARA FINS DE CARÊNCIA. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO DO INSS IMPROVIDA.

[...]

6. Nesse ponto, destaco que a insurgência do INSS não merece acolhimento. *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 tempos. Ao contrário do alegado, 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, consoante já exposto nesse arrazoado, diferenciando tal modalidade de aposentação daquela eminentemente rurícola.*

[...]

(TRF - 3ª Região, 7ª Turma, AC 00107863520154039999, Rel. Des. Fed. Toru Yamamoto, e-DJF3 Judicial 1: 23/06/2016) (grifei).

Conforme já constatado, a parte autora comprovou o exercício de atividade rural no período de 03.10.1959 a 30.12.1967.

De outro turno, evidencia-se por extrato do CNIS (fls. 17/18), documento dotado de presunção de veracidade, que não foi impugnado pela autarquia previdenciária, o efetivo recolhimento de contribuições previdenciárias ao INSS nos interregnos de 01.12.1991 a 31.03.1994.

Assim sendo, tendo a parte autora completado 60 anos de idade em 05.10.2000, bem como cumprido o tempo de atividade urbana e rural por período superior ao legalmente exigido, nos moldes do art. 48, *caput*, e § 3º, da Lei nº 8.213/91, é de se conceder a aposentadoria por idade híbrida, observada eventual prescrição quinquenal.

O benefício é devido a partir da data do requerimento administrativo (D.E.R.) ou, na sua ausência, a partir da citação.

Observo que a correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

Os honorários advocatícios devem ser fixados em 15% sobre o valor das parcelas vencidas até a sentença de primeiro grau, nos termos da Súmula 111 do E. STJ. Entretanto, mantenho os honorários como fixados na sentença, em respeito ao princípio da vedação à *reformatio in pejus*.

Embora o INSS seja isento do pagamento de custas processuais, deverá reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora e que estejam devidamente comprovadas nos autos (Lei nº 9.289/96, artigo 4º, inciso I e parágrafo único).

Caso a parte autora esteja recebendo benefício previdenciário concedido administrativamente, deverá optar, à época da liquidação de sentença, pelo benefício judicial ou administrativo que entenda ser mais vantajoso.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO À REMESSA NECESSÁRIA E Á APELAÇÃO DO INSS, para julgar parcialmente procedente o pedido, e conceder a parte autora o benefício de aposentadoria por idade híbrida, a partir da citação (27.01.2014, fl. 32), observada eventual prescrição quinquenal, tudo nos termos acima delineados, fixando, de ofício, os consectários legais.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, expeça-se e-mail ao INSS, instruído com os devidos documentos da parte autora ILDA PASSAIA NUNES, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja *implantado de imediato o benefício de APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA*, com D.I.B. em 2701.2014 (fl. 32), e R.M.I. no valor de um salário mínimo, tendo em vista os arts. 497 e seguintes do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15).

É *como voto*.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0004442-67.2017.4.03.9999
(2017.03.99.004442-5)

Apelante: GUSTAVO DE SOUZA BACCHIEGGA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE PENAPÓLIS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: AC 22208842
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/04/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. DEPENDENTE. FILHO UNIVERSITÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC/1973). IMPOSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO APÓS O FILHO DEPENDENTE COMPLETAR 21 ANOS DE IDADE.

I - São dependentes do segurado os filhos menores de 21 (vinte e um) anos, ou inválidos, nos termos do art. 16, inciso I da Lei nº 8.213/91.

II - A princípio, o tema em comento mostrava-se controvertido, havendo decisões de Tribunais, às quais me filiava, no sentido de que o filho universitário do segurado instituidor faz jus à prorrogação do benefício de pensão por morte até que este conclua o curso superior ou complete 24 anos de idade, o evento que ocorrer primeiro.

III - Todavia, o E. STJ, ao apreciar recurso especial representativo de controvérsia, na forma prevista no art. 543-C do CPC/1973, assentou o entendimento de que descabe o restabelecimento da pensão por morte ao beneficiário, maior de 21 anos e não inválido, diante da taxatividade da lei previdenciária, a qual admite como dependentes, além do cônjuge ou companheiro (a), os filhos menores de 21 anos, os inválidos ou aqueles que tenham deficiência mental ou intelectual, porquanto não é dado ao Poder Judiciário legislar positivamente, usurpando função do Poder Legislativo.

IV - Há que prevalecer o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual se reconhece a impossibilidade de prorrogação do benefício de pensão por morte após o filho dependente/beneficiário completar 21 (vinte e um), impondo-se, assim, a manutenção da improcedência do pedido.

V - Apelação da parte autora improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de abril de 2017.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente pedido formulado em ação previdenciária, através da qual objetiva a parte autora a prorrogação do benefício de pensão por morte (NB: 133.473.464-7) até a conclusão do curso universitário. O demandante foi condenado ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em RS 1.500,00, observada a gratuidade.

Em suas razões recursais, alega o autor que a possibilidade de prorrogação da pensão está amparada pela Constituição da República, devendo ser aplicada ao caso a interpretação extensiva ao artigo 35, § 1º, da Lei nº 9.250/95. Assevera que as disposições legais que fixam como termo final do benefício de pensão por morte o alcance da idade de 21 anos, independentemente da aferição de outros fatores relevantes que possam evidenciar a continuidade do estado de dependência, padecem de flagrante inconstitucionalidade, uma vez que desvirtuam a natureza e finalidade do disposto no artigo 201, V, da Constituição da República, além de violar o artigo 205 da Carta Magna, que estatui que o direito à educação é dever de todos e deverá ser incentivada e promovida pelo Estado, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Aduz, por fim, que os dispositivos legais que fixam o limite de 21 anos como termo final da condição de dependente, para efeito de percepção do benefício de pensão por morte, devem ser interpretados em conformidade com a Constituição da República, de modo a se entender que o alcance da referida idade somente será causa para a extinção da qualidade de dependente do cidadão se este não se encontrar cursando universidade, hipótese em que a manutenção da qualidade de dependente e do direito ao recebimento da pensão serão prorrogados até o término de sua formação acadêmica ou o implemento da idade limite de 24 anos, quando se presume ter adquirido condições de manter o próprio sustento.

Sem contrarrazões, subiram os autos à Superior Instância.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Objetiva o autor a prorrogação do benefício de pensão por morte (NB: 133.473.464-7; fl.34), na qualidade de filho de João Bacchiegga Filho, falecido em 02.12.1999 (fl. 23).

Insta acentuar que são dependentes do segurado os filhos menores de 21 (vinte e um) anos, ou inválidos, nos termos do art. 16, inciso I da Lei nº 8.213/91.

A princípio, o tema em comento mostrava-se controvertido, havendo decisões de Tribunais, às quais me filiava, no sentido de que o filho universitário do segurado instituidor faz jus à prorrogação do benefício de pensão por morte até que este conclua o curso superior ou complete 24 anos de idade, o evento que ocorrer primeiro.

Todavia, o E. STJ, ao apreciar recurso especial representativo de controvérsia, na forma prevista no art. 543-C do CPC, assentou o entendimento de que descabe o restabelecimento da pensão por morte ao beneficiário, maior de 21 anos e não inválido, diante da taxatividade da lei

previdenciária, a qual admite como dependentes, além do cônjuge ou companheiro (a), os filhos menores de 21 anos, os inválidos ou aqueles que tenham deficiência mental ou intelectual, porquanto não é dado ao Poder Judiciário legislar positivamente, usurpando função do Poder Legislativo. Confira-se:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. OMISSÃO DO TRIBUNAL A QUO. NÃO OCORRÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. LEI EM VIGOR POR OCASIÃO DO FATO GERADOR. OBSERVÂNCIA. SÚMULA 340/STJ. MANUTENÇÃO A FILHO MAIOR DE 21 ANOS E NÃO INVÁLIDO. VEDAÇÃO LEGAL. RECURSO PROVIDO.

1. Não se verifica negativa de prestação jurisdicional quando o Tribunal de origem examina a questão supostamente omitida “de forma criteriosa e percuciente, não havendo falar em provimento jurisdicional faltoso, senão em provimento jurisdicional que desampara a pretensão da embargante” (REsp 1.124.595/RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe de 20/11/09).

2. A concessão de benefício previdenciário rege-se pela norma vigente ao tempo em que o beneficiário preenchia as condições exigidas para tanto. Inteligência da Súmula 340/STJ, segundo a qual “A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado”.

3. Caso em que o óbito dos instituidores da pensão ocorreu, respectivamente, em 23/12/94 e 5/10/01, durante a vigência do inc. I do art. 16 da Lei 8.213/91, o qual, desde a sua redação original, admite, como dependentes, além do cônjuge ou companheiro (a), os filhos menores de 21 anos, os inválidos ou aqueles que tenham deficiência mental ou intelectual.

4. Não há falar em restabelecimento da pensão por morte ao beneficiário, maior de 21 anos e não inválido, diante da taxatividade da lei previdenciária, porquanto não é dado ao Poder Judiciário legislar positivamente, usurpando função do Poder Legislativo. Precedentes.

5. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil.

(REsp 1.369.832/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 07.08.2013).

Sendo assim, curvo-me ao entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, concluindo pela impossibilidade de prorrogação do benefício de pensão por morte após o filho dependente/beneficiário completar 21 (vinte e um), impondo-se, assim, a manutenção da improcedência do pedido.

Diante do exposto, *nego provimento à apelação da parte autora*. Em se tratando de beneficiário da Justiça Gratuita, não há ônus de sucumbência a suportar.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA**0005472-40.2017.4.03.9999****(2017.03.99.005472-8)**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: LUIZ FERNANDO LOURENÇO DA SILVA
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE CÂNDIDO MOTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS
Classe do Processo: ApelReex 2222102
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/04/2017

EMENTA

ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. DEFICIENTE. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. REEXAME NECESSÁRIO INCABÍVEL. REQUISITOS LEGAIS SATISFEITOS. BENEFÍCIO CONCEDIDO. VERBA HONORÁRIA. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. APELAÇÃO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

- O Novo CPC modificou o valor de alçada para causas que devem obrigatoriamente ser submetidas ao segundo grau de jurisdição, dizendo que não necessitam ser confirmadas pelo Tribunal condenações da União em valores inferiores a 1.000 salários mínimos.

- Para a concessão do benefício de assistência social faz-se necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: 1) ser pessoa portadora de deficiência ou idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais (art. 34 do Estatuto do Idoso - Lei nº 10.741 de 01.10.2003); 2) não possuir meios de subsistência próprios ou de tê-la provida por sua família.

- *In casu*, restaram comprovados os quesitos deficiência e hipossuficiência familiar.

- No tocante à *incapacidade*, do laudo médico-pericial acostado nos autos, depreende-se que a parte autora seria portadora de “doença respiratória e psiquiátrica”, vale dizer, “doença pulmonar obstrutiva crônica controlada - tendo sido internada para tratamento de tuberculose - além de tabagismo e transtorno de ansiedade”, constatadas limitações e incapacidade para o trabalho, de ordem *parcial e permanente*, desde *julho/2012*. Merece destaque aqui sua ocupação, ao longo do ciclo laborativo, na condição de “trabalhador rural” (por mais de 20 anos, de acordo com o resultado da pesquisa ao banco de dados CNIS, em fls. 51/53), inferindo-se, pois, o comprometimento do exercício regular de suas atividades, em virtude das doenças retromencionadas.

- Por sua vez, observara-se *estudo social* produzido aos 21/07/2014, revelando que o autor (aos 39 anos de idade, à época) residiria numa “barraca de camping” instalada em espaço cedido - no quintal da residência de sua irmã (48 anos), a qual coabitaria com o filho do autor (aos 07 anos); esclareceu-se que, no tocante à alimentação e à higiene, seriam praticadas pelo autor na moradia da irmã. Segundo o laudo social, enquanto o autor não possuiria qualquer renda, sua irmã auferiria R\$ 825,00/mês desempenhando atividades de “camareira” (vale destacar que o CNIS de fls. 84/87 aponta valores mais atualizados, então para o mês de *fevereiro/2013* o montante de R\$ 1.091,03), recebendo ainda, bimestralmente, R\$ 60,00 relativos a “cartão alimentação” fornecido pelo Poder Público.

- Em suma: o autor não possui moradia, nem tampouco renda, presumindo-se sequer haver perspectiva de trabalho, em virtude da debilidade de sua saúde. Vale-se, pois, dos préstimos da irmã, a qual - a propósito - já zela pelo rebento (do autor).
- Referentemente à *verba honorária*, deverá ser mantida em percentual de 10%, nos termos da r. sentença, apenas esclarecendo-se que incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ.
- A *correção monetária e os juros moratórios* incidirão nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor, por ocasião da execução do julgado.
- Remessa oficial não conhecida.
- Apelação do INSS parcialmente 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, 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, 03 de abril de 2017.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Trata-se de ação ajuizada em 03/06/2013 objetivando a *concessão de benefício assistencial à pessoa portadora de deficiência*, desde a data da postulação administrativa, aos 03/09/2012 (sob NB 553.069.692-5, fl. 13).

Data de nascimento da parte autora - 29/08/1974 (fl. 09).

Documentos (fls. 09/40) - com cópia de CTPS em fls. 11/12.

Justiça gratuita concedida (fl. 42).

Citação em 15/07/2013 (fl. 42vº).

Estudo socioeconômico (fls. 151/156).

Laudo médico-pericial (fls. 207/209).

CNIS/Plenus (fls. 50/91) - revelando vinculação empregatícia notadamente na condição de “rurícola”, entre *anos de 1991 e 2011*, comprovando-se, ainda, deferimento de “auxílio-doença” à parte demandante (fls. 51/53, 72/76), nas seguintes ocasiões: de 21/02/2002 a 06/03/2003 (sob NB 123.152.877-7), de 25/09/2003 a 11/02/2004 (sob NB 502.129.800-0), de 23/06/2006 a 03/11/2006 (sob NB 570.018.369-9), de 03/11/2008 a 30/11/2008 (sob NB 532.897.222-4) e de 18/02/2009 a 18/03/2009 (sob NB 534.591.300-1).

A r. sentença prolatada em 01/02/2016, parcialmente modificada por força de embargos de declaração (fls. 219/221, 225/227 e 235), *julgou procedente* o pedido, fixando o termo inicial da benesse na data do requerimento administrativo indeferido, com incidência de juros de mora e correção monetária sobre os atrasados, a serem apurados; condenação da autarquia em despesas processuais, além de verba honorária à razão de 10% sobre o total computado

até a sentença; isenção das custas processuais. Tutela antecipada concedida. Remessa oficial determinada.

O INSS apelou (fls. 228/233), pugnando pelos reexame necessário de toda matéria e reforma total do julgado, à falta de comprovação, tanto do *quesito da hipossuficiência* (porquanto a renda mensal familiar sobreviria de salário auferido pela irmã do autor, em montante de R\$ 825,00), quanto do *requisito da inaptidão laboral* (neste ponto, a incapacidade demonstrada seria de natureza parcial e definitiva); noutra hipótese, se mantida a concessão do benefício, roga a autarquia pela redução da verba honorária para patamar mínimo, além da reparação do decisum quanto aos critérios adotados, dos juros de mora e da atualização monetária, a se observar a letra da Lei nº 9.494/97, com a nova redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Com contrarrazões (fls. 243/246), vieram os autos a esta Corte.

É O RELATÓRIO.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

De início, quanto à r. sentença, cumpre dar ênfase às datas, de sua prolação (aos 01/02/2016 - fl. 221, e dos embargos de declaração aos 10/03/2016 - fl. 235) e ciência (disponibilização, via sistema informatizado, aos 15/02/2016 - fl. 223, e dos declaratórios, aos 11/04/2016 - fl. 235vº; e intimação pessoal do INSS, aos 22/02/2016 - fl. 224).

Da Remessa Oficial

O novo Estatuto processual trouxe inovações no tema da remessa *ex officio*, mais especificamente, estreitou o funil de demandas cujo trânsito em julgado é condicionado ao reexame pelo segundo grau de jurisdição, para tanto elevou o valor de alçada, *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;

...

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Convém recordar que no antigo CPC, dispensava do reexame obrigatório a sentença proferida nos casos CPC, art. 475, I e II sempre que a condenação, o direito controvertido, ou a procedência dos embargos em execução da dívida ativa não excedesse a 60 (sessenta) salários mínimos. *Contrario sensu*, aquelas com condenação superior a essa alçada deveriam ser enviadas à Corte de segundo grau para que pudesse receber, após sua cognição, o manto da coisa julgada.

Pois bem. A questão que se apresenta, no tema Direito intertemporal, é de se saber se as demandas remetidas ao Tribunal antes da vigência do Novo Diploma Processual - e, conseqüentemente, sob a égide do antigo CPC - vale dizer, demandas com condenações da União e autarquias federais em valor superior a 60 salários mínimos, mas inferior a 1000 salários mínimos, se a essas demandas aplicar-se-ia o novel Estatuto e com isso essas remessas não seriam conhecidas (por serem inferiores a 1000 SM), e não haveria impedimento - salvo recursos voluntários das partes - ao seu trânsito em julgado; ou se, pelo contrário, incidiria o antigo CPC (então vigente ao momento em que o juízo de primeiro grau determinou envio ao Tribunal) e persistiria, dessa forma, o dever de cognição pela Corte Regional para que, então, preenchida fosse a condição de eficácia da sentença.

Para respondermos, insta ser fixada a natureza jurídica da remessa oficial.

Natureza Jurídica Da Remessa Oficial

Cuida-se de *condição de eficácia da sentença*, que só produzirá seus efeitos jurídicos após ser ratificada pelo Tribunal.

Portanto, não se trata o reexame necessário de recurso, vez que a legislação não a tipificou com essa natureza processual.

Apenas com o reexame da sentença pelo Tribunal haverá a formação de coisa julgada e a eficácia do teor decisório.

Ao reexame necessário aplica-se o princípio inquisitório (e não o princípio dispositivo, próprio aos recursos), podendo a Corte de segundo grau conhecer plenamente da sentença e seu mérito, inclusive para modificá-la total ou parcialmente. Isso ocorre por não ser recurso, e por a remessa oficial implicar *efeito translativo* pleno, o que, eventualmente, pode agravar a situação da União em segundo grau.

Finalidades e estrutura diversas afastam o reexame necessário do capítulo recursos no processo civil.

Em suma, constitui o instituto em “condição de eficácia da sentença”, e seu regramento será feito por normas de direito processual.

Direito intertemporal

Como vimos, não possuindo a remessa oficial a natureza de recurso, na produz *direito subjetivo processual* para as partes, ou para a União. Esta, enquanto pessoa jurídica de Direito Público, possui direito de recorrer voluntariamente. Aqui temos direitos subjetivos processuais. Mas não os temos no reexame necessário, condição de eficácia da sentença que é.

A propósito oportuna lição de Nelson Nery Jr.:

A remessa necessária não é recurso, mas condição de eficácia da sentença. Sendo figura processual distinta da do recurso, a ela não se aplicavam as regras do direito intertemporal processual vigente para os eles: a) cabimento do recurso rege-se pela lei vigente à época da prolação da decisão; b) o procedimento do recurso rege-se pela lei vigente à época em que foi efetivamente interposto o recurso - Nery. Recursos, n^o 37, pp. 492/500. Assim, a L 10352/01,

que modificou as causas em que devem ser obrigatoriamente submetidas ao reexame do tribunal, após a sua entrada em vigor, teve aplicação imediata aos processos em curso. Consequentemente, havendo processo pendente no tribunal, enviado mediante a remessa necessária do regime antigo, o tribunal não poderá conhecer da remessa se a causa do envio não mais existe no rol do CPC 475. É o caso por exemplo, da sentença que anulou o casamento, que era submetida antigamente ao reexame necessário (ex- CPC 475 I), circunstância que foi abolida pela nova redação do CPC 475, dada pela L 10352/01. Logo, se os autos estão no tribunal apenas para o reexame de sentença que anulou o casamento, o tribunal não pode conhecer da remessa.

Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 11ª edição, pág 744.

Por consequência, como o Novo CPC modificou o valor de alçada para causas que devem obrigatoriamente ser submetidas ao segundo grau de jurisdição, dizendo que não necessitam ser confirmadas pelo Tribunal condenações da União em valores inferior a 1000 salários mínimos, esse preceito tem incidência imediata aos feitos em tramitação nesta Corte, inobstante remetidos pelo juízo *a quo* na vigência do anterior Diploma Processual.

Senão vejamos.

O benefício de assistência social foi instituído com o escopo de prestar amparo aos idosos e deficientes que, em razão da hipossuficiência em que se acham, não tenham meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por suas respectivas famílias. Neste aspecto está o lastro social do dispositivo inserido no artigo 203, V, da Constituição Federal, que concretiza princípios fundamentais, tais como o de respeito à cidadania e à dignidade humana, ao preceituar o seguinte:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social e tem por objetivos:

(...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria subsistência ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

De outro giro, os artigos 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, com redação dada pela Lei 12.435, de 06 de julho de 2011, e o art. 34, da Lei nº 10.741 (Estatuto do Idoso), de 1º de outubro de 2003 rezam, *in verbis*:

Art. 20. O Benefício de prestação continuada é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.
§ 3º - *Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda "per capita" seja inferior a 1/4 do salário mínimo.*

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1(um) salário-mínimo, nos termos da Lei da Assistência Social - Loas.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do *caput* não será computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a Loas.

O apontado dispositivo legal, aplicável ao idoso, procedeu a uma forma de limitação do

mandamento constitucional, eis que conceituou como pessoa necessitada, apenas, aquela cuja família tenha renda inferior à 1/4 (um quarto) do salário-mínimo, levando em consideração, para tal desiderato, cada um dos elementos participantes do núcleo familiar, exceto aquele que já recebe o benefício de prestação continuada, de acordo com o parágrafo único, do art. 34, da Lei nº 10.741/2003.

De mais a mais, a interpretação deste dispositivo legal na jurisprudência tem sido extensiva, admitindo-se que a percepção de benefício assistencial, ou mesmo previdenciário com renda mensal equivalente ao salário mínimo, seja desconsiderada para fins de concessão do benefício assistencial previsto na Lei nº 8.742/93.

Ressalte-se, por oportuno, que os diplomas legais acima citados foram regulamentados pelo Decreto 6.214/07, o qual em nada alterou a interpretação das referidas normas, merecendo destaque o art. 4º, inc. VI e o art. 19, *caput* e parágrafo único do referido decreto, *in verbis*:

Art. 4º Para fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se:

(...)

VI - renda mensal bruta familiar: a soma dos rendimentos brutos, auferidos mensalmente pelos membros da família composta por salários, proventos, pensões, pensões alimentícias, benefícios da previdência pública ou privada, comissões, pró-labore, outros rendimentos do trabalho não assalariado, rendimentos do mercado informal ou autônomo, rendimentos auferidos do patrimônio, Renda Mensal Vitalícia e Benefício de Prestação Continuada, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 19.

Art 19. O Benefício de Prestação Continuada será devido a mais de um membro da mesma família enquanto atendidos os requisitos exigidos neste Regulamento.

Parágrafo único. O valor do Benefício de Prestação Continuada concedido a idoso não será computado no cálculo da renda mensal bruta familiar a que se refere o inciso VI do art. 4º, para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada a outro idoso da mesma família.

A inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da mencionada Lei nº 8.742/93 foi arguida na ADIN nº 1.232-1/DF que, pela maioria de votos do Plenário do Supremo Tribunal Federal, foi julgada improcedente. Para além disso, nos autos do agravo regimental interposto na reclamação nº 2303-6, do Rio Grande do Sul, interposta pelo INSS, publicada no DJ de 01.04.2005, p. 5-6, Rel. Min. Ellen Gracie, o acórdão do STF restou assim ementado:

RECLAMAÇÃO. SALÁRIO MÍNIMO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA E IDOSO. ART. 203. CF.

- A sentença impugnada ao adotar a fundamentação defendida no voto vencido afronta o voto vencedor e assim a própria decisão final da ADI 1232.

- Reclamação procedente.

Evidencia-se que o critério fixado pelo parágrafo 3º do artigo 20 da LOAS é o único apto a caracterizar o estado de necessidade indispensável à concessão da benesse em tela. Em outro falar, aludida situação de fato configuraria prova incontestada de necessidade do benefício constitucionalmente previsto, de modo a tornar dispensável elementos probatórios outros.

Assim, deflui dessa exegese o estabelecimento de presunção objetiva absoluta de estado de penúria ao idoso ou deficiente cuja partilha da renda familiar resulte para si montante inferior a 1/4 do salário mínimo.

Não se desconhece notícia constante do Portal do Supremo Tribunal Federal, de que aquela Corte, em recente deliberação, declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos legais em voga (Plenário, na Reclamação 4374, e Recursos Extraordinários - REs 567985 e 580963, estes com repercussão geral, em 17 e 18 de abril de 2013, reconhecendo-se superado o decidido na ADI 1.232-DF), do que não mais se poderá aplicar o critério de renda per capita de ¼ do salário mínimo para fins de aferição da miserabilidade.

Em outras palavras: deverá sobrevir análise da situação de hipossuficiência porventura existente, consoante a renda informada, caso a caso.

In casu, no tocante à *incapacidade*, do laudo médico-pericial acostado nos autos, depreende-se que a parte autora seria portadora de “doença respiratória e psiquiátrica”, vale dizer, “doença pulmonar obstrutiva crônica controlada - tendo sido internada para tratamento de tuberculose - além de tabagismo e transtorno de ansiedade”, constatadas limitações e incapacidade para o trabalho, de ordem *parcial e permanente*, desde *julho/2012*.

Merece destaque aqui sua ocupação, ao longo do ciclo laborativo, na condição de “trabalhador rural” (por mais de 20 anos, de acordo com o resultado da pesquisa ao banco de dados CNIS, em fls. 51/53), inferindo-se, pois, o comprometimento do exercício regular de suas atividades, em virtude das doenças retromencionadas.

Por sua vez, observara-se *estudo social* produzido aos 21/07/2014, revelando que o autor (aos 39 anos de idade, à época) residiria numa “barraca de camping” instalada em espaço cedido - no quintal da residência de sua irmã (48 anos), a qual coabitaria com o filho do autor (aos 07 anos); esclareceu-se que, no tocante à alimentação e à higiene, seriam praticadas pelo autor na moradia da irmã.

Segundo o laudo social, enquanto o autor não possuiria qualquer renda, sua irmã auferiria R\$ 825,00/mês desempenhando atividades de “camareira” (vale destacar que o CNIS de fls. 84/87 aponta valores mais atualizados, então para o mês de *fevereiro/2013* o montante de R\$ 1.091,03), recebendo ainda, bimestralmente, R\$ 60,00 relativos a “cartão alimentação” fornecido pelo Poder Público.

Em suma: o autor não possui moradia, nem tampouco renda, presumindo-se sequer haver perspectiva de trabalho, em virtude da debilidade de sua saúde. Vale-se, pois, dos préstimos da irmã, a qual - a propósito - já zela pelo rebento (do autor).

Sendo assim, há elementos o bastante para se afirmar que vive o autor em estado de miserabilidade. Os recursos obtidos pela família da parte requerente são insuficientes para cobrir os gastos ordinários, bem como tratamentos médicos e cuidados especiais que lhe são imprescindíveis.

E nessas condições, não é possível à parte autora ter vida digna, ou, consoante assevera a Constituição Federal, permitir-lhe a necessária dignidade da pessoa humana ou o respeito à cidadania, que são, às expensas, tidos por princípios fundamentais do almejado Estado Democrático de Direito.

Portanto, positivados os requisitos legais, é de se concluir que a parte autora tem direito ao amparo assistencial.

Referentemente à *verba honorária*, deverá ser mantida em percentual de 10%, nos termos da r. sentença, apenas esclarecendo-se que incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ.

A correção monetária e os juros moratórios incidirão nos termos do Manual de Orien-

tação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor, por ocasião da execução do julgado.

Isso posto, NÃO CONHEÇO DA REMESSA OFICIAL e DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS, apenas para esclarecer a apuração da verba honorária e ditar os critérios de fixação da correção monetária e os juros moratórios, nos moldes supraexpostos.

É COMO VOTO.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

Direito Processual Civil



AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL**0014336-07.2006.4.03.6102****(2006.61.02.014336-1)**

Agravantes: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 542/557

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Parte Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA

Classe do Processo: AC 1495543

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/04/2017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DISPONÍVEIS DE RELEVÂNCIA SOCIAL. DIREITO À EDUCAÇÃO. FIES. INAPLICABILIDADE DO CDC. CAPITALIZAÇÃO. TABELA PRICE. MULTA MORATÓRIA E PENA CONVENCIONAL. CABIMENTO. DANOS MORAIS COLETIVOS. INOCORRÊNCIA. RECÁLCULO DAS DÍVIDAS. TRÂNSITO EM JULGADO. LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO JUÍZO PROLATOR DA DECISÃO. LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DE SENTENÇA COLETIVA. PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO. ART. 100 DO CDC. REQUISITO. PRÉVIA PUBLICIDADE DA SENTENÇA PARA HABILITAÇÃO DOS INTERESSADOS.

1. Aplica-se a Lei nº 13.105/2015 aos processos pendentes, respeitados, naturalmente, os atos consumados e seus efeitos no regime do CPC de 1973.

2. O entendimento adotado na decisão agravada está em consonância com reiteradas decisões do STJ e desta Corte, devendo-se considerar dominante a jurisprudência que predomina ou prevalece na orientação do Colegiado, ainda que encontre oposição em outros julgados.

3. Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário.

4. Tratando a ação de proteção ao direito à educação, visto que visa a discutir cláusulas de contrato que envolve acesso ao ensino superior, transparece o interesse coletivo a ser protegido e, por conseguinte, a legitimidade do Ministério Público Federal.

5. Cuidando-se, na espécie, de contratos formalizados antes e depois de 14 de janeiro de 2010, e com ação ajuizada em 27/03/2006, há responsabilidade da CEF, da União Federal e do FNDE para a demanda.

6. No julgamento do RESP nº 1155684/RN, submetido ao rito dos recursos repetitivos (CPC/73, art. 543-C), o STJ firmou entendimento de que não se admite capitalização de juros convencionados nos contratos de crédito educativo, à míngua de autorização por lei específica, bem como que os ditos contratos não se submetem às regras estatuídas no Código de Defesa do Consumidor.

7. Após o supracitado julgamento, foi editada em 30/12/2010 a Medida Provisória nº 517, convertida na Lei nº 12.431/2011, que alterou a redação do art. 5º, II, da Lei nº 10.260/2001, norma específica, autorizando cobrança de juros capitalizados mensalmente nos contratos de financiamento estudantil.
8. 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 apenas juros de 3,4% ao ano sobre o saldo devedor.
9. O fato superveniente deve ser levado em consideração pelo juiz no julgamento da causa, ainda que de ofício, nos exatos termos do artigo 462 do CPC/73 (atual 493), pois o provimento judicial deve refletir o estado de fato da lide no momento da entrega jurisdicional.
10. A Tabela PRICE se constitui em um sistema de amortização, uma fórmula matemática que tem por finalidade tão-somente estabelecer o valor mensal da prestação, não sendo parâmetro para cálculo do saldo devedor ou de imputação de encargos. Logo, não implica necessariamente capitalização de juros, não se verificando qualquer ilegalidade no seu emprego.
11. É possível a cumulação da multa contratual com a multa moratória porque não se confundem.
12. Não há interesse nem tampouco necessidade de declaração da nulidade da cláusula contratual de pena convencional referente ao percentual de 10% (dez por cento) de honorários advocatícios, uma vez que é inócua.
13. Cabe ao Juiz a fixação dos honorários advocatícios, nos termos do artigo 20 do Código de Processo Civil/1973 (artigo 85 do CPC/2015), não estando o magistrado vinculado à eventual cláusula contratual. Esse é o entendimento jurisprudencial, conforme anota Theotonio Negrão, *in* Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Ed.Saraiva, 38a ed., nota 27 ao citado artigo 20 do CPC/1973.
14. Cabe ao Juiz da causa, no caso de cobrança de valores financiados, a fixação dos honorários advocatícios, consideradas as circunstâncias do caso concreto, independentemente da existência de cláusula contratual. O mesmo se diga quanto à fixação da responsabilidade pelas despesas processuais.
15. Não é possível a exclusão imediata de todos os mutuários dos cadastros de proteção ao crédito, visto que não se pode a priori presumir que todas as inscrições sejam indevidas.
16. Em face do disposto no art. 5º, XXXVI, da CRFB, é indubitável que o contrato válido entre as partes constitui ato jurídico perfeito, protegido pelo texto constitucional, dele irradiando, para uma ou para ambas as partes, direitos adquiridos, não podendo ser alcançado por lei superveniente à data da celebração do contrato, mesmo quanto aos efeitos futuros decorrentes do ajuste negocial.
17. O ordenamento jurídico brasileiro atribui ao regulamento, unicamente o papel de regulamentar a lei, esclarecendo o seu comando normativo, porém, sempre, observando-a, estritamente, não podendo inovar, ampliar ou restringir direitos, sob pena de ilegalidade.
18. O contrato firmado entre o estudante e a CEF constitui, em sua essência, típico contrato de adesão, ou seja, aquela modalidade contratual em que todas as cláusulas são previamente estipuladas por uma das partes de modo que a outra não tem poderes para debater as condições, ou mesmo introduzir modificações no esquema proposto.

19. Ante a ausência de comprovação de efetivo prejuízo no caso em apreço, incabível a condenação ao pagamento de danos morais coletivos.
20. A sentença proferida em ACP fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência do órgão prolator da decisão (Estados que compõem a 3ª Região), nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/1985, alterado pela Lei nº 9.494/1997.
21. Diante da relevância social do tema atinente à revisão das dívidas estudantis, merece acolhimento o pedido inicial de publicação desta decisão em jornais de circulação regional dos Estados integrantes do TRF da 3ª Região.
22. Em sendo recíproca a sucumbência, os honorários advocatícios devem ser suportados pelas partes em idêntica proporção e integralmente compensados, nos moldes do art. 21, *caput*, do CPC/73 e da Súmula 306/STJ, tendo em vista o julgamento de parcial procedência da demanda.
23. Possui o MPF legitimidade ativa subsidiária para promover a liquidação e a execução da sentença coletiva, em se tratando de direitos individuais homogêneos, não podendo o ente legitimado substituir os lesados.
24. Na hipótese dos autos, ainda não está em curso a execução provisória do julgado, mas mero procedimento preparatório para a habilitação dos lesados, para, após, ser possível o início da liquidação individual ou coletiva, conforme a habilitação ou não dos supostos lesados, com a mera assistência do Ministério Público, seja em razão de sua legitimação ativa subsidiária, seja na condição de fiscal da lei.
25. Para que seja deflagrada a contagem do prazo anual, entretanto, não basta que a sentença condenatória genérica transite em julgado: é necessária, ainda, a publicação de edital divulgando a ocorrência do trânsito em julgado, aplicando-se, por analogia, a regra do artigo 94 do CDC.
26. Diante do acolhimento parcial do pedido, deve a parte ré proceder ao recálculo das dívidas decorrentes dos contratos de financiamento estudantis, a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória genérica que reconheceu a lesão ao direito individual homogêneo.
27. Recurso da CEF provido parcialmente para esse fim.
28. Parcial provimento do recurso do MPF diante da ocorrência de julgamento *citra petita* acerca da proibição da CEF de firmar novos contratos ou termos de renegociação com cláusulas consideradas abusivas nesta ação, bem assim da legitimidade do *Parquet* para instaurar a execução exsurgir - se for o caso - após o escoamento do prazo de um ano do trânsito em julgado se não houver a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, nos termos do art. 100 do CDC e a reversão dos valores apurados para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 13 da LACP), com vistas a que a sentença não se torne inócua, bem como quanto à cláusula de pena convencional referente à fixação de honorários advocatícios.

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 aos agravos legais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de abril de 2017.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL e MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL manifestaram agravos legais contra decisão monocrática de fls. 542/557 que, com apoio no art. 557 do CPC/73 e na Súmula 253/STJ c/c o art. 33 do RI/TRF-3ª Região, deu parcial provimento à apelação do autor e ao reexame necessário para julgar parcialmente procedente a pretensão inicial, a teor do disposto no artigo 269, I, do mesmo Código.

A CEF, em suas razões recursais de fls. 564/569, alega o seguinte:

(1) ocorrência de julgamento *ultra petita*, pois admitida a redução dos juros remuneratórios, a partir de 10/03/2010, por força da Lei nº 12.202/2010 e Resolução BACEN nº 3.842/2010, sem pedido do MPF nesse sentido;

(2) impossibilidade de julgamento monocrático em sede de ação civil pública pela ausência de previsão legal e de jurisprudência dominante;

(3) que a ação civil pública não se presta à proteção de direitos individuais disponíveis, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/85;

(4) impossibilidade de se dar cumprimento à determinação de recálculo das dívidas decorrentes dos contratos de financiamento estudantis no prazo de 120 dias;

(5) que a execução do julgado deve se dar de forma individual, mediante a habilitação dos substituídos, sendo vedada a execução coletiva pelo MPF;

(6) ilegitimidade ativa do Ministério Público;

(7) que se o contrato, escudado no preceito legal do art. 5º da Lei nº 10.260/2001, que regula o sistema de financiamento pelo FIES, fixou os juros efetivos em 9% ao ano, é irrelevante a forma de sua operacionalização mensal fracionária, que, de qualquer forma, não implica transgressão à vedação da Súmula 121 do STF.

Por seu turno, o MPF requer às fls. 570/583 a integral procedência da pretensão inicial, reiterando os pedidos de:

(a) incidência do CDC aos contratos assinados;

(b) abusividade na utilização da Tabela PRICE, por ofensa ao art. 4º do Decreto nº 22.626/33 e Súmula 121 do STF, visto que a aplicação da referida tabela implica anatocismo;

(c) declaração de nulidade de cláusula contratual, retirando dela a cobrança de pena convencional de 10% para cobranças judiciais, e conferindo aos estudantes a mesma pena convencional contra a CEF;

(d) exclusão de todos os mutuários dos cadastros de proteção ao crédito.

Sustenta ainda a ocorrência de julgamento *citra petita*, pois deixou de apreciar os pedidos de condenação da CEF a não incluir nos futuros contratos do FIES as cláusulas julgadas abusivas, bem como de restituir importâncias indevidamente pagas pelos mutuários através de demandas ajuizadas individualmente, assegurando-se ao *Parquet* a liquidação e execução da dívida na forma do artigo 100 do CDC.

Ao final, pedem os recorrentes seja reconsiderada a decisão agravada ou então submetido o recurso ao Colegiado.

Os recursos são tempestivos.

Intimadas, as partes apresentaram contraminuta às fls. 586/592 e 598/612.

Memoriais da CEF às fls. 615/619.

É o relatório.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Segundo as regras de direito intertemporal que disciplinam o sistema jurídico brasileiro no concernente à aplicação da lei no tempo, as inovações legislativas de caráter estritamente processual, como é a Lei nº 13.105/2015, devem ser aplicadas, de imediato, inclusive nos processos já em curso (art. 14).

Assim, aplica-se a lei nova aos processos pendentes, respeitados, naturalmente, os atos consumados e seus efeitos no regime do CPC de 1973.

Inicialmente, cumpre consignar que o artigo 557 do CPC/73, ao conferir poderes ao relator para julgar recursos monocraticamente, não estabelece a necessidade de existência de jurisprudência pacífica sobre as questões postas em juízo, na verdade exigindo decisão motivada em jurisprudência dominante, sendo expressões que não se confundem.

O entendimento adotado na decisão agravada está em consonância com reiteradas decisões do STJ e desta Corte, devendo-se considerar dominante a jurisprudência que predomina ou prevalece na orientação do Colegiado, ainda que encontre oposição em outros julgados.

A respeito do tema já se posicionou o STJ: AgRg no REsp 1222313/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, 1ª Turma, julgado em 16/05/2013, DJE 21/05/2013; AgRg no AREsp 276388/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, 2ª Turma, julgado em 11/06/2013, DJE 17/06/2013; AgRg no REsp 1359965/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, 3ª Turma, julgado em 16/05/2013, DJE 31/05/2013; AgRg no REsp 1317368/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, 4ª Turma, julgado em 18/06/2013, DJE 26/06/2013.

Consta de decisão agravada de fls. 542/557:

Trata-se de apelação contra sentença de fls. 477/479, declarada às fls. 494/verso, que julgou improcedente ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da Caixa Econômica Federal e da União Federal. Não houve condenação em custas ou honorários, na forma do art. 18 da Lei nº 7.347/85.

O recorrente sustenta às fls. 497/509 que a relação entre a CEF e os mutuários possui todos os requisitos de um serviço bancário ordinário, razão pela qual se deve aplicar o Código de Defesa do Consumidor.

Aduz que o questionamento das cláusulas contratuais do FIES (empréstimo que financia o ensino superior) é socialmente relevante, na medida em que atinge diversos e incontáveis titulares, restando clara a legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura da ação, pois trata do direito à educação.

Requer seja reformada a sentença de origem, reiterando os pedidos de:

- a) incidência do CDC aos contratos assinados;
- b) abusividade na utilização da Tabela PRICE, por ofensa ao art. 4º do Decreto nº 22.626/33 e Súmula 121 do STF, visto que a aplicação da referida tabela implica anatocismo;
- c) declaração de nulidade de cláusula contratual, retirando dela a cobrança de pena convencional de 10% para cobranças judiciais, e conferindo aos estudantes a mesma pena convencional contra a CEF;

- d) ilegalidade da capitalização mensal de juros;
- e) exclusão de todos os mutuários dos cadastros de proteção ao crédito;
- f) recálculo de todas as dívidas, conforme parâmetro judicial, para todos os estudantes-mutuários;
- g) direito a repetição do indébito, conforme apurado em cumprimento de sentença, ressalvada a hipótese do artigo 100 da Lei nº 8.078/90;
- h) condenação das rés ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, em favor do fundo de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347/85;
- i) condenação das rés à publicação do inteiro teor da sentença, em jornais de circulação local e regional, na forma da Lei nº 7.347/85 e do art. 94 da Lei nº 8.078/90, a fim de possibilitar a participação de outros interessados.

Pugnando ainda fosse a CEF proibida de firmar novos contratos e/ou termos de renegociação com as cláusulas consideradas abusivas nesta ação.

Acostadas contrarrazões pela CEF às fls. 513/520, vieram os autos para este Tribunal.

Nesta instância, o órgão do Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso (fls. 532/540).

É o relatório. DECIDO.

Nos termos do *caput* e § 1º-A do art. 557 do CPC e da Súmula 253/STJ, o relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a negar seguimento ou dar provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial, nas hipóteses de pedido inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência dominante da respectiva Corte Regional ou de Tribunal Superior.

O feito comporta julgamento, na forma do art. 557 do CPC, eis que a matéria já é objeto de jurisprudência consolidada nesta Corte e nos Tribunais Superiores.

A matéria devolvida ao exame desta Corte será examinada com base na fundamentação que passo a analisar topicamente.

O presente feito encontra-se incluído na meta do Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

Admissibilidade da apelação/remessa oficial

O recurso é próprio e tempestivo, razão pela qual dele conheço.

Cumpra asseverar submeter-se ao duplo grau de jurisdição obrigatório a sentença que conclui pela improcedência do pedido ou de parte do pedido deduzido em sede de ação civil pública, por força da aplicação analógica da regra contida no art. 19 da Lei nº 4.717/65.

Nesse sentido, destaco os seguintes arestos do STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965.

1. ‘Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário’ (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, Dje 29.5.2009).

2. Agravo Regimental não provido”.

(AGRESP 201001846488, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, DJE 25/04/2011).

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE DANOS AO ERÁRIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REMESSA NECESSÁRIA. ART. 19 DA LEI Nº 4.717/64. APLICAÇÃO.

1. Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário. Doutrina.

2. Recurso especial provido”.

(RESP 200802742289, Relator Ministro CASTRO MEIRA, 2ª Turma, DJE 29/05/2009).

Nesse passo, conheço da matéria também por esse prisma.

Legitimidade do MPF e interesses individuais homogêneos disponíveis de relevância social

O Ministério Público tem a atribuição constitucional da defesa de interesses difusos e coletivos, quando tais envolverem interesses sociais, nos termos dos artigos 127 e 129, III, da CRFB. No caso dos autos, os beneficiários do FIES estão ligados por uma relação jurídica básica - o contrato -, que envolve a garantia de acesso à educação como interesse social (CRFB, art. 205), transparecendo o interesse coletivo a ser protegido e, por conseguinte, a legitimidade do Ministério Público Federal, em regime de substituição processual, especialmente porque não é possível identificar os futuros beneficiários do programa.

Nesse sentido, a doutrina de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, citando KAZUO WATANABE:

Em sentido consonante, observa Kazuo Watanabe:

“Em linha de princípio somente os interesses individuais indisponíveis estão sob proteção do *Parquet*. Foi a relevância social da tutela a título coletivo dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador a atribuir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda molecular. (...) Como já ressaltado, somente a relevância social do bem jurídico tutelando ou da própria tutela coletiva poderá justificar a legitimação do Ministério Público para a propositura de ação coletiva em defesa de interesses privados disponíveis”.

Essa, também, a tese assentada na Súmula nº 7 do Conselho Superior do Ministério Público Paulista, nos seguintes termos:

“O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico”.

Paralelamente, registra-se entendimento no sentido de que a nota da indisponibilidade (CF, art. 127, *caput*) pode, ainda, derivar do próprio interesse social em que seja prevenida a atomização dos conflitos coletivos, os quais, tratados fora dos esquemas de jurisdição coletiva, acabam gerando múltiplas demandas individuais, com os efeitos deletérios bem conhecidos: sobrecarga do Judiciário, demora excessiva de feitos, risco de decisões qualitativamente diversas. No ponto, Nery & Nery sustentam que a ação coletiva movida pelo Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos “é deduzida no interesse público em obter-se sentença única, homogênea, com eficácia *erga omnes* da coisa julgada (CDC, art. 103, III), evitando-se decisões conflitantes”. (Mancuso, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar - 12. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 131/132).

Outro não é o entendimento de TEORI ALBINO ZAVASCKI:

“Conforme se fará ver em capítulo próprio, há um limitador implícito na legitimação do Ministério Público, decorrente de normas constitucionais (arts. 127 e 129 da CF) que demarcam a sua finalidade e o âmbito de suas atribuições: a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos somente é legítima quando isso representar também tutela de relevante interesse social. É indispensável, pois, que haja conformação entre o objeto da demanda e os valores jurídicos previstos no art. 127 da CF, que atribui ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses sociais”. (ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos - 3. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009, p. 186).

Na mesma linha, a jurisprudência do STF, do STJ e desta Corte Regional:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DISPONÍVEIS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES.

1. O Ministério Público possui legitimidade para propor ação civil coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos de relevante caráter social, ainda que o objeto da demanda seja referente a direitos disponíveis (RE 500.879-AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 26-05-2011; RE 472.489-AgR, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 29-08-2008).

2. Agravo regimental a que se nega provimento”.

(STF, RE 401482-AgR/PR, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, DJE 04/06/2013).

“Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Ação civil pública. Interesse individual homogêneo. 3. Relevância social. Ministério Público. Legitimidade. 4. Jurisprudência dominante. 5. Agravo regimental a que se nega provimento”.

(STF, AI 516419-AgR/PR, Relator Min. GILMAR MENDES, DJE 16/11/2010).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DE RELEVÂNCIA SOCIAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO”.

(STF, RE-AgR 459456, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA).

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTE DO STJ.

1. O Ministério Público possui legitimidade *ad causam* para propor Ação Civil Pública visando à defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, quando a presença de relevância social objetiva do bem jurídico tutelado a dignidade da pessoa humana, a qualidade ambiental, a saúde, a educação.

2. Recurso especial provido”.

(STJ, RESP 200700945697, Relatora Ministra ELIANA CALMON, DJE 11/06/2013).

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA PARA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMAS OU DE VERSÃO DESTES COM PADRÃO DE QUALIDADE SUPERIOR E PEDIDO DE CONDENAÇÃO À OBRIGAÇÃO DE A UNIÃO FISCALIZAR ESTAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONFIGURAÇÃO.

1. A jurisprudência desta Corte vem se sedimentando em favor da legitimidade ministerial para promover ação civil pública visando a defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, quando na presença de relevância social objetiva do bem jurídico tutelado (a dignidade da pessoa humana, a qualidade ambiental, a saúde, a educação, para citar alguns exemplos) ou diante da massificação do conflito em si considerado. Precedentes.

2. É evidente que a Constituição da República não poderia aludir, no art. 129, II, à categoria dos interesses individuais homogêneos, que só foi criada pela lei consumerista. Contudo, o Supremo Tribunal Federal já enfrentou o tema e, adotando a dicção constitucional em sentido mais amplo, posicionou-se a favor da legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública para proteção dos mencionados direitos. Precedentes.

3. No presente caso, pelo objeto litigioso deduzido pelo Ministério Público (causa de pedir e pedido), o que se tem é o pedido de tutela de um bem indivisível de todo um grupo de consumidores, de tutela contra exigência dirigida globalmente a todos os alunos: a suposta ilegalidade ou abusividade da prestação pecuniária para expedição de diplomas ou de versão deste com padrão de qualidade superior, bem como o pedido de condenação à obrigação de a União fiscalizar estas instituições de ensino. Assim, atua o Ministério Público em defesa do direito indivisível de um grupo de pessoas determináveis, ligadas por uma relação jurídica base, circunstâncias caracterizadoras do interesse coletivo a que se refere o art. 81, parágrafo único, II, da Lei nº 8.078/90. E o art. 129, inc. III, CR/88 é expresso ao conferir ao *Parquet* a função institucional de promoção da ação civil pública para a proteção dos interesses difusos e coletivos.

4. Já a pretensão ressarcitória, que, *in casu*, trata-se de típico direito individual homogêneo, pretendida pelo recorrido por meio da ação civil pública, em contraposição à técnica tradicional de solução atomizada, justificar-se-ia por dizer respeito à educação, interesse social relevante, mas sobretudo para evitar as inumeráveis demandas judiciais (economia processual), que sobrecarregam o Judiciário, e evitar decisões incongruentes sobre idênticas questões jurídicas.

5. É patente a legitimidade ministerial, seja em razão da proteção contra eventual lesão ao interesse coletivo dos consumidores, seja em decorrência da necessidade de defesa de direitos individuais homogêneos com relevância social objetiva e capazes de gerar inumeráveis demandas judiciais incongruentes.

6. Recurso especial não provido”.

(STJ, RESP 1185867, Relator Min. MAURO CAMPBELL MARQUES).

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LITISPENDÊNCIA. IDENTIDADE DE PARTES. SUBSTITUÍDOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEI Nº 7.347/85, ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO. DESCABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA VEICULAR PRETENSÕES CONTRA FUNDOS DE NATUREZA INSTITUCIONAL. FUNDO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL - FIES. INEXISTÊNCIA DE BENEFICIÁRIOS PASSÍVEIS DE SEREM INDIVIDUALMENTE DETERMINADOS. INAPLICABILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DISPONÍVEIS. RELEVÂNCIA SOCIAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. FINANCIAMENTO ESTUDANTIL. FIES. UNIÃO. ILEGITIMIDADE. FIES. LEGITIMIDADE DA CEF. [...].

3. Interesses individuais homogêneos estão incluídos no âmbito de atuação do Ministério Público, nos termos do art. 129, III, da Constituição da República e dos arts. 5º, III, e, e 6º, VII, d, da Lei Complementar nº 75/93. A circunstância de que tais interesses eventualmente sejam disponíveis não implica, forçosamente, a ilegitimidade do *Parquet*, desde que caracterizem-se por sua relevância social, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp nº 1283206, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 11.12.12; REsp nº 726975, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 20.11.12). [...]”.

(TRF3, 2013APELREEX 00056884920084036108, Rel. Des. Fed. ANDRÉ NEKATSCHALOW, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 09/08/2013).

Diante disso, legítimo o Ministério Público Federal para a propositura desta ação.

Legitimidade passiva: CEF, União e FNDE

A Caixa Econômica Federal sustenta não possuir legitimidade para responder à demanda, considerando que é mera gestora do FIES.

Contudo, tal argumento não autoriza a acolhida da preliminar.

Embora a ré não detenha a competência para definir ou modificar as taxas de juros a serem cobradas nos contratos em questão, o acolhimento dos pedidos veiculados na ação coletiva implicaria modificações significativas na gestão dos contratos do FIES, que por longo tempo foram implementadas e administradas pela CEF, na qualidade de agente operador do Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior.

Atualmente, a gestão do FIES está a cargo do MEC e do FNDE (art. 3º da Lei nº 10.260/2001, com a redação dada pela Lei nº 12.202/2010).

Todavia, a CEF permanece atuando diretamente na contratação com os estudantes e nas renegociações dos contratos antigos, estando caracterizada, portanto, sua legitimidade para integrar o polo passivo do feito.

A União, por sua vez, aduz que é unicamente a CEF, na qualidade de agente operador do programa, que deve responder à demanda, acrescentando que a ela também compete a renegociação dos contratos de financiamento educacional.

Contudo, a preliminar não prospera.

Isso porque o Ministério da Educação e da Cultura - MEC, juntamente com o FNDE, foi definido pela Lei nº 10.260/01 como gestor do FIES, “na qualidade de formulador da política de

oferta de financiamento e de supervisor da execução das operações do Fundo” (art. 3º, I e II, com a redação da Lei nº 12.202/2010).

Assim sendo, não há como afastar a legitimidade da União no caso presente.

Conforme as alterações operadas pela Lei nº 12.202, de 14/01/2010, na Lei nº 10.260/01, o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE assumiu a gestão do FIES na qualidade de agente operador e administrador dos ativos e passivos (nova redação do art. 3º, II, da Lei nº 10.260/01), estabelecendo-se o prazo de um ano para que assumisse tal papel, cabendo à CEF, durante tal prazo, dar continuidade a esse encargo, nos termos do art. 20-A:

“Art. 20-A. O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE terá prazo de até 1 (um) ano para assumir o papel de agente operador do fies, cabendo à caixa Econômica Federal, durante este prazo, dar continuidade ao desempenho das atribuições decorrentes do encargo”. (Incluído pela Lei nº 12.202, de 2010).

Tal prazo foi, posteriormente, prorrogado até o dia 30 de junho de 2013, em face da nova redação dada ao art. 20-A da Lei nº 10.260/01 pela Lei nº 12.712/2012, que dispõe:

“Art. 20-A. O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE terá prazo até 30 de junho de 2013 para assumir o papel de agente operador dos contratos de financiamento formalizados no âmbito do fies até o dia 14 de janeiro de 2010, cabendo à caixa Econômica Federal, durante esse prazo, dar continuidade ao desempenho das atribuições decorrentes do encargo”. (Redação dada pela Lei nº 12.712, de 2012).

A alteração trazida pela Lei nº 12.202/2010, que incluiu o art. 20-A na Lei nº 10.260/01 determinou a legitimidade da CEF e do FNDE para compor a lide na medida em que aquela é operadora do programa e este é o agente operador e administrador dos ativos e passivos.

Tratando-se, na hipótese dos autos, de contratos formalizados antes e depois de 14 de janeiro de 2010, e com ação ajuizada em 27/03/2006, há responsabilidade da CEF, da União Federal e do FNDE para a demanda.

Do mérito propriamente dito

A parte autora pretende a modificação de cláusulas contratuais constantes nos contratos do Fundo de Financiamento ao Estudante de Superior, postulando ainda sejam as rés proibidas de firmar novos contratos e/ou termos de renegociação com as cláusulas consideradas abusivas nesta ação.

Incidência do CDC

Observe-se, inicialmente, que nos contratos bancários em geral, há relação de consumo entre a instituição financeira e o cliente, sendo possível a aplicação das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor (Súmula 297/STJ; STF/ADIN 2591).

Todavia, com relação aos contratos que envolvam o FIES, a jurisprudência atual do STJ está assentada no sentido de que os contratos firmados no âmbito do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior não se subsumem às regras do CDC, dado que se está frente à programa governamental, em benefício do aluno do ensino superior, sem a natureza de serviço bancário, nos termos do art. 3º, § 2º, do CDC.

A propósito:

“ADMINISTRATIVO - PROGRAMA DE CRÉDITO DE EDUCATIVO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - INAPLICABILIDADE RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - PRETENDIDA REFORMA - CAPITALIZAÇÃO DE JUROS - AFASTAMENTO PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA - CORREÇÃO MONETÁRIA - PRETENDIDA NÃO-INCIDÊNCIA - RECURSO ESPECIAL - PRETENDIDA REFORMA.

- Do acurado exame da legislação que rege o Programa de Crédito Educativo (Lei 8.436/92), não há como tipificar o proceder da Caixa Econômica Federal como prestação de um serviço bancário e, por conseguinte, não há falar em fornecedora. Nessa linha de raciocínio, o estudante carente, beneficiado com o Programa de Crédito Educativo, não retrata a figura do consumidor, razão pela qual, nesse Programa não incide o Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, confira-se recente pronunciamento da colenda 2ª Turma em r. voto da eminente Ministra Eliana Calmon (cf. REsp 479.863-RS, DJ 4/10/2004). [...].

- Recurso especial improvido”.

(STJ, REsp 536055/RS, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, 2ª Turma, DJ 14/03/2005).

Esse entendimento foi recentemente pacificado em sede de recurso repetitivo (RESP 1155684/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Seção, julgado em 12/05/2010, DJE 18/05/2010).

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado, a título de exemplo:

“AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. FIES. APLICAÇÃO DAS NORMAS CONTIDAS NO CDC. IMPOSSIBILIDADE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS AFASTADA. APLICAÇÃO DO SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO ‘TABELA PRICE’. LEGALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. Não se aplicam as disposições contidas no Código de Defesa do consumidor nos contratos de abertura de crédito para financiamento estudantil, vez que a relação ali travada não se amolda ao conceito de atividade bancária, dado inexorável contexto social em que foi inserida pelo governo, por não visar lucro, mas, apenas, manter o equilíbrio dos valores destinados ao FIES.

II. Tais contratos estão inseridos num programa de governo, sendo regidos por legislação própria, a qual visa facilitar o acesso ao ensino superior, sendo que a participação da CEF nesses instrumentos não é de fornecedora de serviços ou produtos, mas de mera gestora de Fundo. Logo, tais contratos não possuem essência consumerista, o que, por si só, afasta a aplicação do subsistema normativo pretendido.

III. Nos moldes do entendimento proferido pela Primeira Seção do colendo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1.155.684/RN (assentada de 12.5.2010), submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), em se tratando de contrato de crédito educativo, não se admite sejam os juros capitalizados, porquanto ausente autorização expressa por norma específica. aplicação da Súmula 121/STF.

IV. É possível a adoção do sistema de amortização denominado ‘Tabela Price’, vez que não há vedação legal à sua utilização. Precedentes. V. Agravo legal parcialmente provido.”

(TRF3, Agravo Legal na Apelação Cível nº 0022494-86.2008.4.03.6100, Relator Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES, 2ª Turma, j. 11/06/13, e-DJF3 20/06/13).

Desta forma, portanto, tendo em vista que o FIES é uma continuação do Crédito Educativo, considero inaplicáveis os princípios e regras dispostos no CDC à hipótese em comento.

No entanto, tal entendimento em nada altera a legitimidade ativa do MPF, conforme argumentos depreendidos em tópico específico desta decisão.

Da capitalização dos juros

A capitalização mensal, assim entendida como a incidência mensal de juros sobre uma base de cálculo com juros já incorporados ao débito, vem expressamente prevista no contrato:

“CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA - DOS ENCARGOS INCIDENTES SOBRE O SALDO DEVEDOR: O saldo devedor será apurado mensalmente, a partir da data da contratação e até a efetiva liquidação da quantia mutuada, mediante aplicação da taxa efetiva de juros de 9% (nove por cento) ao ano, com capitalização mensal, equivalente a 0,72073% ao mês.”

Sobre o tema “anatocismo”, a 1ª Seção do STJ assentou posição no sentido de que os juros capitalizados somente têm aplicação quando houver autorização legislativa específica, como nos casos das cédulas de crédito rural, comercial e industrial.

No caso em exame, ante a ausência de dispositivo legal que autorize a capitalização, aplicam-se o enunciado nº 121 da súmula de jurisprudência dominante do STF (É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada) e o artigo 4º do Decreto nº 22.626/33 (Lei da Usura), segundo o qual: É proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.

A Primeira Seção do STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1155684/RN, em sede de recurso repetitivo, consolidou o entendimento de que os contratos firmados no âmbito do FIES não admitem capitalização dos juros:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL (FIES). PRESTAÇÃO DE GARANTIA. EXIGÊNCIA DE FIADOR. LEGALIDADE. ART. 5º, VI, DA LEI 10.260/2001. INAPLICABILIDADE DO CDC. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. VEDAÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE.

Recurso especial da Caixa Econômica Federal:

1. Caso em que se alega, além de dissídio jurisprudencial, violação do artigo 5º, III e IV, da Lei nº 10.260/01, ao argumento de que não há ilegalidade em se exigir fiador para a celebração de contrato de financiamento educacional, uma vez que o referido preceito normativo autoriza tal conduta, a qual possui índole eminentemente discricionária, não podendo o Poder Judiciário nela adentrar.

2. É de se reconhecer a legalidade da exigência de prestação de garantia pessoal para a celebração de contrato de financiamento estudantil vinculado ao fies, dado que a própria lei que instituiu o programa prevê, expressamente, em seu artigo 9º, a fiança como forma principal e específica a garantir esses tipos de contrato, seguida do fiador solidário e da ‘autorização para desconto em folha de pagamento’, de modo que o acórdão atacado, ao entender de modo diferente, negou vigência à referida lei.

3. Ademais, o fato de as Portarias ns. 1.725/2001 e 2.729/2005 do MEC admitirem outras formas de garantias, que não a fiança pessoal, apenas evidencia que tal garantia, de fato, não é a única modalidade permitida nos contratos de financiamento estudantil, sem que com isso se afaste a legalidade de fiança.

4. A reforçar tal argumento, as Turmas de Direito Público do STJ já assentaram entendimento no sentido da legalidade da exigência da comprovação de idoneidade do fiador apresentado pelo estudante para a assinatura do contrato de financiamento vinculado ao fies, prevista no artigo 5º, VI, da Lei 10.260/01, a qual será aferida pelos critérios estabelecidos na Portaria/MEC 1.716/2006. Precedentes: REsp 1.130.187/ES, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 20/10/2009; MS 12.818/DF, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ acórdão Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ 17/12/2007; REsp 772.267/AM, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 29.06.2007; Resp 642.198/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 03.4.2006; REsp 879.990/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 14/5/2007.

5. Assim, consoante bem asseverou o Min. Mauro Campbell no Agrg no Ag nº 1.101.160/PR, DJ 16/9/2009, ‘se é legal a exigência de comprovação de idoneidade do fiador, quanto mais legal será a própria exigência de apresentação de fiador pelo estudante para a concessão do crédito estudantil ofertado pelo fies, de forma que não se pode reconhecer a legalidade de obrigação acessória sem o reconhecimento da legalidade da obrigação principal no caso em questão’.

6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

7. Recurso especial provido, para que seja autorizada à instituição financeira a exigência de garantia pessoal para a celebração do contrato de financiamento estudantil.

Recurso especial de Eliziana de Paiva Lopes:

1. Caso em que se pugna a incidência do Código de Defesa do Consumidor, a declaração de ilegalidade da cobrança de juros capitalizados e, por conseguinte, a repetição simples do valor pago a maior e a inversão dos ônus sucumbenciais.

2. A hodierna jurisprudência desta Corte está assentada no sentido de que os contratos firmados no âmbito do Programa de Financiamento Estudantil - FIES não se subsumem às regras encartadas no Código de Defesa do Consumidor. Precedentes: REsp 1.031.694/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 19/6/2009; REsp 831.837/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 17/6/2009; REsp 793.977/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 30/4/2007.

3. A jurisprudência desta Corte mantém-se firme 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. Aplicação do disposto na Súmula nº 121/STF. Precedentes: REsp 1.058.334/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 30/6/2008; REsp 880.360/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 5/5/2008; REsp 1.011.048/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 4/6/2008; REsp nº 630.404/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 26/2/2007; REsp nº 638.130/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28/3/2005.

4. Por conseguinte, havendo pagamento de valores indevidos, o que será apurado em sede de liquidação, é perfeitamente viável a repetição simples ou a compensação desse montante em contratos de financiamento estudantil.

5. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

6. Ônus sucumbenciais invertidos.

7. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação supra”.

(RESP nº 1155684/RN, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJE 18/05/2010).

No entanto, com o advento da Lei nº 12.431, de 24/06/2011, que alterou a redação do artigo 5º, II, da Lei nº 10.260/2001, previu-se a possibilidade de capitalização mensal de juros nos contratos de financiamento estudantil (FIES), nos seguintes termos:

“Art. 5º. Os financiamentos concedidos com recursos do FIES deverão observar o seguinte:

I - prazo: não poderá ser superior à duração regular do curso, abrangendo todo o período em que o Fies custear os encargos educacionais a que se refere o art. 4º desta Lei, inclusive o período de suspensão temporária, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo; (Redação dada pela Lei nº 11.552, de 2007).

II - juros, capitalizados mensalmente, a serem estipulados pelo CMN;” (Redação dada pela Lei nº 12.431, de 2011).

Portanto, a partir desta alteração passou a existir norma expressa autorizando a capitalização mensal de juros nos financiamentos concedidos com recursos do FIES.

Por conseguinte, deve ser afastada essa forma de cobrança, merecendo provimento o pedido do demandante nesse ponto.

Juros Remuneratórios

O FIES foi instituído pela MP nº 1.827, de 27/05/1999, sendo regulado por sucessivas medidas provisórias até o advento da Lei nº 10.260, de 12/07/2001.

Acerca dos juros remuneratórios incidentes sobre contrato de FIES, a Lei nº 10.260/2001, em seu artigo 5º, II, assim dispunha:

“Art. 5º Os financiamentos concedidos com recursos do FIES deverão observar o seguinte:

(...)

II - juros: a serem estipulados pelo CMN, para cada semestre letivo, aplicando-se desde a data da celebração até o final da participação do estudante no financiamento;”

Vigorava, à época, a Resolução BACEN 2.647/1999, editada no regular exercício da competência normativa atribuída pelo legislador ordinário ao Conselho Monetário Nacional, que fixava a taxa efetiva de juros em 9% ao ano.

Contudo, sobreveio a Lei nº 12.202/2010, alterando, de modo substancial, a disciplina dos juros até então estabelecida pela Lei 10.260/2001:

“Art. 5º. Os financiamentos concedidos com recursos do FIES deverão observar o seguinte:

II - juros a serem estipulados pelo CMN;

(...)

§10. A redução dos juros, estipulados na forma do inciso II deste artigo, incidirá sobre o saldo devedor dos contratos já formalizados”.

Conferindo regulamentação às novas disposições legais, estatuiu a Resolução BACEN 3.842/2010:

“Art. 1º. Para os contratos do FIES celebrados a partir da data de publicação desta resolução, a taxa efetiva de juros será de 3,40% a.a. (três inteiros e quarenta centésimos por cento ao ano).

Art. 2º. A partir da data de publicação desta resolução, a taxa efetiva de juros de que trata o art.

1º incidirá sobre o saldo devedor dos contratos já formalizados, conforme estabelecido no § 10 do art. 5º da lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação”.

Assim, diversamente do que se verificava até então nas modificações quanto ao percentual de juros remuneratórios praticados nesses contratos, atualmente, a taxa de juros praticada pelas instituições financeiras deve ser limitada ao patamar anual de 3,4%, não só nos contratos firmados na vigência da nova lei, mas também nos contratos anteriores, incidindo, neste último caso, sobre o saldo devedor (artigo 2º).

Portanto, embora formalizados anteriormente à edição da Lei nº 12.202/2010, bem como da Resolução BACEN 3.842/2010, os contratos admitem redução dos juros remuneratórios pactuados, de 9% para 3,5%, a partir de 15/01/2010 e para 3,4% ao ano, a partir de 10/3/2010.

Ou seja, até essa data, 10/3/2010, sobre as prestações vencidas, pagas ou impagas, incidem juros remuneratórios anuais de 9% e, daí em diante, poderão ser exigidos apenas sobre o saldo devedor, no patamar de 3,5% ou 3,4% ao ano, dependendo da data da formalização contratual pelo mutuário-estudante.

Nesse sentido, o seguinte julgado:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO PARA FINANCIAMENTO ESTUDANTIL - FIES. TAXA DE JUROS.

I - Hipótese dos autos em que não se caracteriza situação de sentença *ultra petita*.

II - Nos contratos de FIES celebrados até 30/06/2006 a taxa de juros estabelecida é de 9% ao ano; nos contratos de FIES celebrados no período de 01/07/2006 a 21/09/2009 a taxa de juros é de 3,5% ao ano para os cursos de licenciatura, pedagogia, normal e tecnologia, e de 6,5% ao ano para os demais cursos; nos contratos de FIES celebrados no período de 22/09/2009 a 09/03/2010 a taxa de juros é de 3,5% ao ano; nos contratos de FIES celebrados no período de 10/03/2010 até a data atual a taxa de juros é de 3,4% ao ano. Aplicação das Resoluções BACEN nº 2.647 de 22/09/1999, nº 3.415, de 13/10/2006, nº 3.777 de 26/08/2009 e nº 3.842 de 10/03/2010.

III - A partir de 15/01/2010, data da entrada em vigor da Lei 12.202/2010, a redução das taxas de juros para 3,5% e 3,4% ao ano, estabelecidas pelas Resoluções BACEN nº 3.777 de 26/08/2009 e nº 3.842 de 10/03/2010 passou a ser aplicada ao saldo devedor de todos os contratos em curso, ainda que celebrados anteriormente a esta data, aplicando-se também eventuais reduções de taxas de juros que venham a ser determinadas pelo CMN.

IV - No caso dos autos, como o contrato foi celebrado em 06/12/2004 (fl. 15) e prevê a aplicação da taxa de juros remuneratórios de 9% ao ano (cláusula 15ª), é esta que deverá incidir no saldo devedor até 14/01/2010, inexistindo autorização legal para a substituição da taxa de juros desde a celebração do contrato.

V - Recurso da CEF provido”.

(TRF3, AC nº 2012.61.42.003520-8, Relator Desembargador Federal PEIXOTO JÚNIOR, D.E. de 17/04/2015).

Da incidência da Tabela Price

As prestações do financiamento em questão devem ser calculadas, nos termos do contrato, de acordo com o chamado Sistema Francês de Amortização, comumente chamado de Tabela Price.

Para melhor compreensão de tal sistema, cito a clara lição de ARNALDO RIZZARDO:

“Este sistema é comumente chamado de Tabela Price - TP. Para calcular o valor de uma prestação, basta multiplicar o valor do financiamento pelo índice de uma tabela previamente elaborada, e que corresponde à taxa de juros e ao prazo contratado. As prestações são constantes, em termos reais, para todos os meses do financiamento. Sendo o valor da prestação fixo, a utilização da TP implica em se realizar pequenas amortizações iniciais do saldo devedor, sendo a maior parte da prestação representada pelo pagamento de juros. Cada prestação é composta de uma quota de amortização e outra de juros. No primeiro mês, a quota de amortização é muito pequena em relação à quota de juros e, no último mês, a situação se inverte, isto é, a quota

de juros é quase nula. Por isso, a prestação na TP permanece constante, em termos reais, pois o mesmo valor decresce na quota de juros e cresce na quota de amortização.” (RIZZARDO, Arnaldo; Contratos de Crédito Bancário, 2ª Edição, Revista dos Tribunais, 1994, pág. 131).

Ora, a “Tabela Price” nada mais é do que, como já dito, um sistema de cálculo do valor inicial da prestação.

A prestação inicial é calculada a fim de que as amortizações teoricamente ocorram de acordo com a metodologia do sistema adotado.

Segundo o “Sistema Price”, a prestação inicial é calculada e programada para ser a mesma do início ao fim do parcelamento.

Oferece tal sistema a vantagem, para o devedor, de a prestação inicial do financiamento ser menor.

Malgrado se assegure estar-se diante de um sistema para o cálculo do financiamento que não contempla a utilização de juros compostos, ainda que mantida a prestação constante, o fato é que a cláusula contratual respectiva atesta exatamente o contrário, o que, por certo, não encontra amparo nem na legislação, tampouco na jurisprudência.

Essa questão restou resolvida pelo precedente supracitado (STJ, REsp nº 1.155.684/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, 1ª Seção, DJE 18/05/2010) e, mutatis mutandis, pela 2ª Seção do STJ, na sistemática introduzida pelo artigo 543-C do CPC, chegando-se à seguinte tese:

“Nos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, é vedada a capitalização de juros em qualquer periodicidade. Não cabe ao STJ, todavia, aferir se há capitalização de juros com a utilização da Tabela Price, por força das Súmulas 5 e 7”

(REsp 1070297/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJE 18/09/2009).

Com efeito, uma vez afastada a capitalização, nenhuma mácula exsurge do sistema de amortização contratado, respeitados os limites contratuais, inexistindo ilegalidade no manejo da Tabela Price na forma como operada.

A jurisprudência desta Turma conforta esse entendimento:

“AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CPC, ART. 557. FINANCIAMENTO ESTUDANTIL. LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. INAPLICABILIDADE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. INOCORRÊNCIA. TABELA PRICE. LEGALIDADE. MULTA E PENA CONVENCIONAL. TR E COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1 - Por se tratar de um programa governamental de cunho social que visa beneficiar alunos universitários carentes ou que não possuem, momentaneamente, condições de custear as despesas com a educação superior, os princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor não se aplicam a esses contratos.

2 - A aplicação de taxa efetiva de juros de 9% ao ano, ressalvando que essa taxa resulta da capitalização mensal equivalente a 0,72073% ao mês, o que não passa de mera explicitação da forma de incidência da taxa anual, não importa em onerosidade excessiva ou capitalização de juros.

3 - Inexiste ilegalidade na aplicação do sistema de amortização da Tabela Price ao Programa de Financiamento Estudantil - FIES.

4 - Como o Código de Defesa do Consumidor não é aplicado aos contratos de FIES, a pena convencional de 10%, prevista é perfeitamente legal, não existindo qualquer vedação à estipulação de penalidade em tal percentual.

5 - Falece interesse recursal aos apelantes no que se refere ao pedido de exclusão da cobrança de comissão de permanência e da utilização da TR como índice de correção monetária do débito, uma vez que o contrato em tela não contém previsão neste sentido, nem são tais valores objeto da cobrança.

6 - Se a decisão agravada apreciou e decidiu a questão de conformidade com a lei processual, nada autoriza a sua reforma.

7 - Agravo legal desprovido”.

(AC 00000743920084036116, Rel. Des. Fed. JOSÉ LUNARDELLI, 1ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 30/03/2012).

Desta forma, mantida a Tabela Price, forçoso reconhecer o direito à revisão do débito com afastamento completo de qualquer capitalização, nos moldes do entendimento consolidado pelo STJ.

Assim, no que pertine à incidência da Tabela Price, não socorre razão ao demandante.

Dos encargos moratórios e do ressarcimento dos custos de cobrança

A cláusula em questão não está eivada de abusividade, de maneira que inarredável.

A hipótese não é de cumulação indevida de encargos contratualmente estipulados, porquanto detentores de finalidades diversas, visto que esta possui natureza de cláusula penal, destinada a pré-fixar as perdas e danos decorrentes da resolução da obrigação, enquanto aquela, com incidência mensal, constitui-se em meio coercitivo de cobrança na tentativa legítima de evitar o prolongamento do inadimplemento.

Conforme previsão contratual, no caso de impontualidade o débito será apurado na forma do contrato, sujeito à multa de 2%, juros contratuais “pro-rata die”, e pena convencional de 10% (dez por cento).

A pena convencional é lícita, nos termos do artigo 412 do CC/2002 (artigo 920 do CC/1916) uma vez que, como assinalado, o CDC não é aplicável aos contratos do FIES.

O percentual de 10% fixado em contrato para a pena convencional é moderado e não comporta redução nos termos do artigo 413 da Lei nº 10.406/2002.

No que se refere à pena convencional de 10%, para o caso de a CEF “lançar mão de qualquer procedimento judicial ou extrajudicial para a cobrança de seu crédito”, entendo que não tem natureza de multa moratória, mas, sim, natureza de honorários advocatícios cabíveis em caso de cobrança judicial ou extrajudicial.

Plenamente possível, portanto, a cumulação da multa contratual com os honorários advocatícios, questão esta inclusive já superada na jurisprudência.

Com efeito, encontra-se sumulado pelo STF o entendimento de que “é permitida a cumulação da multa contratual com os honorários de advogado, após o advento do código de processo civil vigente”.

No mesmo sentido a orientação adotada pelo extinto TFR, em sua súmula nº 119, segundo a qual “a partir da vigência do Código de Processo Civil de 1973, é cabível a cumulação da multa contratual com honorários advocatícios, na execução hipotecária regida pela Lei nº 5.741, de 1971”.

A convenção da multa moratória, assim, não afasta a exigibilidade de honorários advocatícios na execução.

Nada impede, portanto, que sejam os honorários advocatícios convenionados pelas partes no instrumento contratual.

A estipulação e a cobrança dessas “despesas processuais” de 10%, tal como prevista no contrato, substitui, porém, os honorários advocatícios que seriam fixados pelo juízo competente quando do ajuizamento pela CEF da ação pertinente.

No sentido da licitude da cláusula penal em contratos do FIES, inclusive de forma cumulada com a multa moratória, situa-se o entendimento desta Corte Regional:

“AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. FINANCIAMENTO ESTUDANTIL. CPC, ART. 557. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

[...].

2 - Por se tratar de um programa governamental de cunho social que visa beneficiar alunos universitários carentes ou que não possuam, momentaneamente, condições de custear as despesas com a educação superior, os princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor não se aplicam aos contatos firmados no âmbito do Financiamento Estudantil. Precedentes.

[...].

5 - Como o Código de Defesa do Consumidor não é aplicado aos contratos de FIES, a pena convencional de 10%, prevista é perfeitamente legal, não existindo qualquer vedação à estipulação de penalidade em tal percentual. [...]”.

(AC 0013151-32.2009.4.03.6100, Rel. Des. Fed. JOSÉ LUNARDELLI, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 29/06/2012).

“AGRAVOS LEGAIS. DECISÃO MONOCRÁTICA. CPC, ART. 557. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO E FINANCIAMENTO ESTUDANTIL - FIES. [...]. MULTA MORATÓRIA E PENA CONVENCIONAL. AGRAVOS DESPROVIDOS.

[...].

2 - O contrato de crédito educativo é uma modalidade sui generis de financiamento que compreende período de utilização do crédito, carência e amortização e, por se tratar de um programa governamental de cunho social que visa beneficiar alunos universitários carentes ou que não possuam, momentaneamente, condições de custear as despesas com a educação superior, os princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor não se aplicam a esses contratos.

[...].

8 - No que se refere à cobrança de multa moratória (cláusula nona, §2º) e pena convencional (9ª, § 3º), inexistem óbices 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.

9 - Agravos legais desprovidos”.

(AC 0027262-26.2006.4.03.6100, Rel. Des. Fed. JOSÉ LUNARDELLI, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 07/11/2012).

Sem razão o demandante no tópico.

Exclusão de todos os mutuários dos cadastros de proteção ao crédito

Não é possível a exclusão imediata de todos os mutuários dos cadastros de proteção ao crédito, visto que não se pode a priori presumir que todas as inscrições sejam indevidas.

Nesse sentido é a orientação do STJ, em julgamento de recurso representativo de controvérsia, proferido nos termos do art. 543-C do CPC:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DA MORA. JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. DELIMITAÇÃO DO JULGAMENTO. Constatada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, foi instaurado o incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da ADI nº 2.591-1. Exceto: cédulas de crédito rural, industrial, bancária e comercial; contratos celebrados por cooperativas de crédito; contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação, bem como os de crédito consignado. Para os efeitos do § 7º do art. 543-C do CPC, a questão de direito idêntica, além de estar selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, deve ter sido expressamente debatida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade. Neste julgamento, os requisitos específicos do incidente foram verificados quanto às seguintes questões: i) juros remuneratórios; ii) configuração da mora; iii) juros moratórios; iv) inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes e v) disposições de ofício.

PRELIMINAR O Parecer do MPF opinou pela suspensão do recurso até o julgamento definitivo da ADI 2.316/DF. Preliminar rejeitada ante a presunção de constitucionalidade do art. 5º da MP nº 1.963-17/00, reeditada sob o nº 2.170-36/01.

I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE.

ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula

596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto.

ORIENTAÇÃO 2 - CONFIGURAÇÃO DA MORA a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descaracteriza a mora; b) Não descaracteriza a mora o ajuizamento isolado de ação revisional, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual.

ORIENTAÇÃO 3 - JUROS MORATÓRIOS Nos contratos bancários, não-regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês.

ORIENTAÇÃO 4 - INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES a) A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz; b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes decidida na sentença ou no acórdão observará o que for decidido no mérito do processo. Caracterizada a mora, correta a inscrição/manutenção.

ORIENTAÇÃO 5 - DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO É vedado aos juízes de primeiro e segundo graus de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Vencidos quanto a esta matéria a Min. Relatora e o Min. Luis Felipe Salomão.

II - JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO (REsp 1.061.530/RS) A menção a artigo de lei, sem a demonstração das razões de inconformidade, impõe o não-conhecimento do recurso especial, em razão da sua deficiente fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF. O recurso especial não constitui via adequada para o exame de temas constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF.

Devem ser decotadas as disposições de ofício realizadas pelo acórdão recorrido.

Os juros remuneratórios contratados encontram-se no limite que esta Corte tem considerado razoável e, sob a ótica do Direito do Consumidor, não merecem ser revistos, porquanto não demonstrada a onerosidade excessiva na hipótese.

Verificada a cobrança de encargo abusivo no período da normalidade contratual, resta descaracterizada a mora do devedor.

Afastada a mora: i) é ilegal o envio de dados do consumidor para quaisquer cadastros de inadimplência; ii) deve o consumidor permanecer na posse do bem alienado fiduciariamente e iii) não se admite o protesto do título representativo da dívida.

Não há qualquer vedação legal à efetivação de depósitos parciais, segundo o que a parte entende devido.

Não se conhece do recurso quanto à comissão de permanência, pois deficiente o fundamento no tocante à alínea 'a' do permissivo constitucional e também pelo fato de o dissídio jurisprudencial não ter sido comprovado, mediante a realização do cotejo entre os julgados tidos como divergentes. Vencidos quanto ao conhecimento do recurso a Min. Relatora e o Min. Carlos Fernando Mathias.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para declarar a legalidade da cobrança dos juros remuneratórios, como pactuados, e ainda decotar do julgamento as disposições de ofício.

Ônus sucumbenciais redistribuídos”.

(REsp 1061530/RS, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, 2ª Seção, j. 22/10/2008, DJE 10/03/2009).

Dano moral coletivo

A indenização pelo dano moral visa à reparação pecuniária de um dano de ordem não patrimonial.

Não se trata de estabelecer um preço pela dor, angústia ou sofrimento decorrente de uma lesão a um bem juridicamente tutelado, como a vida, saúde, integridade física, mas sim propiciar ao lesado um abrandamento para ajudá-lo a superar o desgosto experimentado, sendo que o direito não se presta à reparação de qualquer bem, qualquer forma de padecimento, mas sim dos que decorrerem de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse no reconhecida-mente jurídico, ou seja, deve haver a prova objetiva deste dano, demonstrando claramente sua existência, a fim de que se possa concluir o abalo sofrido pela vítima e ressarcir-lo.

Se no dano moral individualizado pode-se admitir alguma presunção, no dano moral coletivo, a prova encontra dificuldades de outra ordem, qual seja, de se saber até que ponto toda a coletividade foi atingida na sua honra, na sua dignidade, ou se apenas uma parcela daquela teve algum sofrimento.

Em face da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa objeto de reparação, não cabe a indenização por dano moral coletivo.

Nesse sentido, colaciono precedente do STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE EM LICITAÇÃO REALIZADA PELA MUNICIPALIDADE. ANULAÇÃO DO CERTAME. APLICAÇÃO DA PENALIDADE CONSTANTE DO ART. 87 DA LEI 8.666/93. DANO MORAL COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO NÃO DEBATIDO NA INSTÂNCIA ‘A QUO’.

1. A simples indicação dos dispositivos tidos por violados (art. 1º, IV, da Lei 7347/85 e arts. 186 e 927 do Código Civil de 1916), sem referência com o disposto no acórdão confrontado, obsta o conhecimento do recurso especial. Incidência dos verbetes das Súmula 282 e 356 do STF.

2. *Ad argumentandum tantum*, ainda que ultrapassado o óbice erigido pelas Súmulas 282 e 356 do STF, melhor sorte não socorre ao recorrente, máxime porque a incompatibilidade entre o dano moral, qualificado pela noção de dor e sofrimento psíquico, e a transindividualidade, evidenciada pela indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa objeto de reparação, conduz à não indenizabilidade do dano moral coletivo, salvo comprovação de efetivo prejuízo dano.

3. Sob esse enfoque decidiu a 1ª Turma desta Corte, no julgamento de hipótese análoga, *verbis*: ‘PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.’

(REsp 598.281/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02.05.2006, DJ 01.06.2006)

4. Nada obstante, e apenas obiter dictum, há de se considerar que, no caso concreto, o autor não demonstra de forma clara e irrefutável o efetivo dano moral sofrido pela categoria social titular do interesse coletivo ou difuso, consoante assentado pelo acórdão recorrido: ‘[...] Entretanto, como já dito, por não se tratar de situação típica da existência de dano moral puro, não há como simplesmente presumi-la. Seria necessária prova no sentido de que a Municipalidade, de alguma forma, tenha perdido a consideração e a respeitabilidade e que a sociedade uruguaiana efetivamente tenha se sentido lesada e abalada moralmente, em decorrência do ilícito praticado, razão pela qual vai indeferido o pedido de indenização por dano moral’.

5. Recurso especial não conhecido”.

(REsp 821.891/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, j. 08/04/2008, DJE 12/05/2008).

Litispêndência entre a ACP e a ação individual

Não há, outrossim, que se falar na litispêndência entre a ação coletiva e as ações individuais ajuizadas por alguns dos substituídos.

O artigo 104 do CDC, que integra o sistema normativo das ações coletivas no ordenamento pátrio, estabelece que as ações coletivas não induzem litispêndência para as ações individuais: “Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispêndência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

Ilustra esse posicionamento a jurisprudência desta Corte e do STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO INDIVIDUAL. PENDÊNCIA DE AÇÃO COLETIVA COM O MESMO OBJETO. PEDIDO DE DESISTÊNCIA. NECESSIDADE DE CONCORDÂNCIA DO RÉU (ART. 267, § 4º, DO CPC). DIREITO DOS AUTORES INDIVIDUAIS À SUSPENSÃO DO FEITO. ART. 104 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SENTENÇA REFORMADA.

1. De acordo com o artigo 267, § 4º, do CPC, é defeso ao autor desistir da ação após o oferecimento da contestação, sem o consentimento do réu. Ademais, existe norma específica que somente autoriza os representantes da União, das autarquias, fundações e empresas públicas federais a concordarem com o pedido de desistência da ação, se o autor renunciar expressamente ao direito sobre que se funda a ação (art. 3º da Lei nº 9.469/97).

2. A Primeira Seção do STJ, sob o regime do art. 543-C do CPC (REsp 1.267.995/PB, Relator para Acórdão Min. Mauro Campbell), firmou o entendimento de que, nos termos do artigo 267, § 4º, do CPC, a desistência da ação, após o decurso do prazo para a resposta, somente poderá ser homologada com o consentimento do réu, condicionada à renúncia expressa do autor ao direito sobre o qual se funda a ação, nos termos do art. 3º da Lei 9.469/1997. Portanto, segundo a corte superior, a oposição à desistência da ação, fundada no artigo 3º da Lei 9.469/97, é motivo suficiente para obstar a homologação do pedido.

3. De acordo com o artigo 104 do CDC: As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispêndência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. A previsão expressa de que as ações coletivas não induzem litispêndência revela que é possível coexistirem com ações individuais com o mesmo objeto. Assim, em tese, remanesceria o interesse do ente estatal no julgamento da ação individual. Destarte, à vista dessa constatação e da citada jurisprudência do STJ, impõe-se a reforma da sentença e devolução dos autos para a primeira instância para o regular prosseguimento do feito.

4. Apelação provida”.

(TRF3, 4ª Turma, Rel. Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 08/05/2013). “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DEMANDA INDIVIDUAL. INOCORRÊNCIA DE LITISPÊNDÊNCIA.

1. A existência de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público não impede o ajuizamento da ação individual com idêntico objeto. Desta forma, no caso não há ocorrência do fenômeno processual da litispêndência, visto que a referida ação coletiva não induz litispêndência quanto às ações individuais. Precedentes: REsp 1056439/RS, Relator Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Segunda Turma, DJ de 1º de setembro de 2008; REsp 141.053/SC, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, DJ de 13 de maio de 2002; e REsp 192.322/SP, Relator Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, DJ de 29 de março de 1999.

2. Agravo regimental não provido”.

(STJ, AGA 201100563907, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJE 13/12/2011).

Limites da competência territorial

A abrangência da decisão ora proferida, deve-se limitar aos limites da competência territorial do órgão prolator - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/85, com a redação dada pela Lei nº 9.494/97.

Nesse sentido, orienta-se a jurisprudência:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. CÔMPUTO DO TEMPO DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE COMO PERÍODO DE CARÊNCIA. POSSIBILIDADE, DESDE QUE INTERCALADO COM PERÍODO DE EFETIVO TRABALHO. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. EFEITOS *ERGA OMNES* LIMITADOS À COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR.

[...].

5. Possibilidade de execução da obrigação de fazer, de cunho mandamental, antes do trânsito em julgado e independentemente de caução, a ser processada nos moldes do art. 461 do Código de Processo Civil.

6. Prevalece nesta Corte o entendimento de que a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/85, alterado pela Lei nº 9.494/97.

7. O valor da multa cominatória fixada pelas instâncias ordinárias somente pode ser revisado em sede de recurso especial se irrisório ou exorbitante, hipóteses não contempladas no caso em análise.

8. Recurso especial parcialmente provido”.

(REsp 1414439, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, DJE 03/11/2014).

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. EFEITOS DA SENTENÇA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. ART. 2º-A DA LEI Nº 9.494/97. LIMITAÇÃO DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO AOS DOMICILIADOS NAS LOCALIDADES ABRANGIDAS PELA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ABRANGÊNCIA ESTADUAL.

1. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que a sentença proferida em ação coletiva abrangerá apenas os substituídos, nos limites da competência territorial do órgão julgador, nos termos do art. 2º-A da Lei nº 9.494/97, norma de regência acerca da matéria.

(...);

4. Nesse contexto, proposta a ação coletiva pela Associação dos Produtores de Soja do Estado do Rio Grande do Sul, todos os associados domiciliados no Estado do Rio Grande do Sul estão abrangidos pelos efeitos da sentença prolatada pela Subseção Judiciária de Santo Ângelo/RS. Agravo regimental improvido”.

(AgRg nos EDcl no REsp 1.419.350/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJE 05/05/2014).

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. GDASST. EXTENSÃO AOS INATIVOS. AÇÃO COLETIVA. EFEITOS DA SENTENÇA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR DA SENTENÇA. APLICAÇÃO DO ART. 20.-A DA LEI 9.494/97. PRECEDENTES: AGRG NO RESP. 1.184.216/DF, REL. MIN. JORGE MUSSI, DJE 27.6.2011 E AGRG NO RESP. 973.961/DF, REL. MIN. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJE 1.6.2011. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É firme o entendimento no Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicação do disposto no art. 20.-A da Lei 9.494/97 nas ações coletivas.

2. Nesse diapasão, os efeitos da sentença proferida em ação coletiva se restringem aos substituídos que tenham na data da propositura da ação domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

3. Agravo Regimental da ANASPS desprovido”.

(AgRg no AREsp 137.386/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJE 01/07/2013).

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO. EFEITOS DA SENTENÇA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO JUÍZO PROLATOR DA DECISÃO.

1. ‘A sentença proferida em ação coletiva somente surte efeito nos limites da competência territorial do órgão que a proferiu, e exclusivamente em relação aos substituídos processuais que ali eram domiciliados à época da propositura da demanda’. (AgRg no REsp 1279061/MT, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 26/04/2012).

2. Agravo regimental não provido”.

(AgRg no REsp 1.338.029/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 21/11/2012).

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO QUANTO À ABRANGÊNCIA TERRITORIAL EXISTENTE. DEMAIS OMISSÕES NÃO EXISTENTES. PREQUESTIONAMENTO.

1. A eficácia da decisão, em se tratando de ação civil pública, fica adstrito à competência do órgão julgador.

2. Os embargos de declaração objetivam complementar as decisões judiciais, não se prestando à impugnação das razões de decidir do julgado.

3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

4. Embargos parcialmente acolhidos”.

(TRF3, AC 96.03.071313-9, Rel. Des. Fed. ROBERTO HADDAD, D.E. 21/10/2009).

“AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO CÍVEL EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM EXAME DO MÉRITO. CARÊNCIA DE AÇÃO. AUSÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO HÁBIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Extinção do feito sem exame do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC, em face da carência de ação, na modalidade interesse processual, diante da ausência de título executivo hábil para ser executado no território em que se pretendeu o cumprimento da sentença.

2. O teor do art. 16 da Lei nº 7.347/1985, na redação da Lei nº 9.494/1997, a sentença civil só faz coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator.

3. A própria decisão que se pretende executar provisoriamente já havia fixado que, em se tratando de ação civil pública, sua eficácia fica adstrita à competência do órgão julgador, no caso específico, à 1ª Subseção Judiciária de São Paulo.

4. No presente caso falece aos exequentes, domiciliados em São Carlos, Município não abrangido pela 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, o direito de requerer a execução provisória e individual da sentença civil, por força dos limites impostos na sentença condenatória, embora também provisória, diante da ausência de trânsito em julgado. Precedentes.

5. Não se aplica ao caso em questão o entendimento fixado nos Recursos Especiais nºs 1.243.887/PR e 124.150/PR, representativos da controvérsia, ao passo que naqueles autos não houve a limitação subjetiva quanto aos associados, tampouco quanto ao território do órgão julgador.

6. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

7. Agravo legal improvido”.

(TRF3, 6ª Turma, AC 00225423520144036100, Relatora Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 02/10/2015).

Recálculo das dívidas

Diante do acolhimento parcial do pedido, deve a parte ré proceder ao recálculo das dívidas decorrentes dos contratos de financiamento estudantis, no prazo de 120 dias.

Publicação da decisão

Diante da relevância social do tema atinente à revisão das dívidas estudantis, merece provimento o pedido inicial de publicação desta decisão em jornais de circulação regional dos Estados integrantes do TRF da 3ª Região.

Honorários da sucumbência

Em sendo recíproca a sucumbência, os honorários advocatícios devem ser suportados pelas partes em idêntica proporção e integralmente compensados, nos moldes do art. 21, *caput*, do CPC e da Súmula 306/STJ, tendo em vista o julgamento de parcial procedência da demanda.

Custas processuais

Relativamente às despesas processuais, verifica-se que o MP é isento do seu pagamento na Justiça Federal, a teor do disposto no art. 4º, I, da Lei nº 9.289/96.

Dispositivo

Ante o exposto, com apoio no artigo 557, § 1º-A, do CPC e da Súmula 253/STJ c/c o art. 33 do RI/TRF-3ª Região, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação e à remessa oficial, para julgar parcialmente procedente a pretensão inicial, na forma acima explicitada, a teor do disposto no art. 269, I, do mesmo Código.

Publique-se. Intimem-se. Decorrido o prazo recursal, o que a Secretaria da Turma certificará, dê-se baixa na distribuição e remetam-se os autos à vara de origem com as cautelas de estilo. São Paulo, 01 de fevereiro de 2016.

HÉLIO NOGUEIRA

Desembargador Federal

O pedido com a instauração da demanda emana de interpretação lógico-sistemática da petição inicial, não podendo ser restringido somente ao capítulo especial que contenha a denominação “Dos pedidos”.

Devem ser levados em consideração, portanto, todos os requerimentos feitos ao longo da petição inicial, ainda que implícitos.

Assim, se o julgador se ateuve aos limites da causa, delineados pelo autor no corpo da inicial, não há falar em decisão *ultra petita*, como sustentado pela CEF.

O fato superveniente deve ser levado em consideração pelo juiz no julgamento da causa, ainda que de ofício, nos exatos termos do artigo 462 do CPC/73 (atual 493), pois o provimento judicial deve refletir o estado de fato da lide no momento da entrega jurisdicional (EDcl no MS nº 10.171/DF, Relatora Ministra LAURITA VAZ, 3ª Seção, j. 08/09/2010, DJE 07/10/2010).

O FIES é um programa do Ministério da Educação criado pela Lei nº 10.260/2001 para substituir o Programa de Crédito Educativo - PCE/CREDOC, destinado a financiar prioritariamente estudantes de cursos de graduação.

Para candidatar-se ao FIES os estudantes devem estar regularmente matriculados em instituições de ensino não gratuitas cadastradas no programa, em cursos com avaliação positiva no SINAES.

O FIES é operacionalizado pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE.

Todas as operações de adesão das instituições de ensino, bem como de inscrição dos estudantes são realizadas pela internet, o que traz comodidade e facilidade para os participantes, além de garantir a confiabilidade de todo o processo.

Esse programa envolve diversas relações jurídicas entre vários sujeitos, tais como:

- a) *União - financiadora do crédito;*
- b) *estudante - financiado;*
- c) *instituição de ensino não gratuita;*
- d) *FNDE - agente operador e administradora de ativos e passivos, e*
- e) *instituições financeiras - agente financeiro.*

Até 2010 o FIES era gerido pelo MEC e pela CEF. Com a edição da Lei nº 12.202/2010, transferiu-se a atribuição de agente operador e administrador de ativos e passivos para o FNDE, criando-se a figura do agente financeiro, responsável pelas tratativas diretas com o estudante que preencha os requisitos para a obtenção do financiamento.

Diante disso, tem-se que o estudante (devedor) firma contrato com o agente financeiro (credor), o qual, em virtude de sua posição, é o titular do direito de cobrar e executar os contratos inadimplentes; o agente financeiro responsabiliza-se em repassar os retornos financeiros ao agente operador (FNDE); e o agente operador (FNDE) fiscaliza e gerencia as atividades desenvolvidas pelo agente financeiro, bem como efetua os repasses financeiros às mantenedoras das instituições de ensino superior.

Dessa forma, a competência para cobrança dos créditos decorrentes do FIES, de acordo com a legislação em vigor, é do agente financeiro, isto é, da Caixa Econômica Federal, uma vez que esta instituição é autorizada pelo agente operador, de acordo com o disposto no § 3º, do art. 3º da Lei nº 10.260/2001.

Essa afirmação não foi modificada pela Lei nº 12.202/2010, como se denota da redação do art. 6º da Lei nº 10.260/2001:

Art. 6º Em caso de inadimplemento das prestações devidas pelo estudante financiado, a instituição referida no § 3º do art. 3º (instituição financeira, ou seja, agente financeiro) promoverá a execução das parcelas vencidas, conforme estabelecida pela Instituição de que trata o inciso II do *caput* do art. 3º, repassando ao Fies e à instituição de ensino a parte concernente ao seu risco. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010).

O fato de o FNDE (agente operador e gestor do FIES) traçar o regramento geral para a execução das parcelas vencidas não o torna, segundo os ditames legais, o competente para promover a execução, que permanece nas mãos do agente financeiro.

No julgamento do REsp 1.155.684/RN, submetido ao rito dos recursos repetitivos (CPC/73, art. 543-C), o STJ firmou entendimento de que não se admite capitalização de juros convencionados nos contratos de crédito educativo, à míngua de autorização por lei específica, bem como que os ditos contratos não se submetem às regras estatuídas no Código de Defesa do Consumidor.

Após o supracitado julgamento, foi editada em 30/12/2010 a Medida Provisória nº 517, convertida na Lei nº 12.431/2011, que alterou a redação do art. 5º, II, da Lei nº 10.260/2001, norma específica, autorizando cobrança de juros capitalizados mensalmente nos contratos de financiamento estudantil.

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 apenas juros de 3,4% ao ano sobre o saldo devedor. Deste modo, admite-se a capitalização de juros, devidamente pactuada, nos contratos celebrados a partir dessa data.

A Tabela PRICE se constitui em um sistema de amortização, uma fórmula matemática que tem por finalidade tão-somente estabelecer o valor mensal da prestação, não sendo parâmetro para cálculo do saldo devedor ou de imputação de encargos. Logo, não implica necessariamente capitalização de juros, não se verificando qualquer ilegalidade no seu emprego.

É possível a cumulação da multa contratual com a multa moratória porque não se confundem.

Não há interesse nem tampouco necessidade de declaração da nulidade da cláusula contratual de pena convencional referente ao percentual de 10% (dez por cento) de honorários advocatícios, uma vez que é inócua.

Cabe ao Juiz a fixação dos honorários advocatícios, nos termos do artigo 20 do Código de Processo Civil/73 (artigo 85 do CPC/2015), não estando o magistrado vinculado à eventual cláusula contratual. Esse é o entendimento jurisprudencial, conforme anota Theotonio Negrão, *in* Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Ed.Saraiva, 38a ed., nota 27 ao citado artigo 20 do CPC/73:

O arbitramento da honorária, em razão do sucumbimento processual, está sujeito a critérios de valoração, perfeitamente delineados na lei processual (art.20, 3º, do CPC); e sua fixação é ato do juiz e não pode ser objeto de convenção das partes (RT 509/169). No mesmo sentido, quanto à impossibilidade de fixação do valor dos honorários advocatícios pelas partes: RT 828/254.

Dessa forma, cabe ao Juiz da causa, no caso de cobrança de valores financiados, a fixação dos honorários advocatícios, consideradas as circunstâncias do caso concreto, independentemente da existência de cláusula contratual. O mesmo se diga quanto à fixação da responsabilidade pelas despesas processuais.

Não é possível a exclusão imediata de todos os mutuários dos cadastros de proteção ao crédito, visto que não se pode a priori presumir que todas as inscrições sejam indevidas.

Ocorrência de julgamento *citra petita*, pois não houve pronunciamento judicial acerca da proibição da CEF de firmar novos contratos ou termos de renegociação com cláusulas consideradas abusivas nesta ação, bem assim da legitimidade do Ministério Público para instaurar a execução exsurgirá - se for o caso - após o escoamento do prazo de um ano do trânsito em julgado se não houver a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, nos termos do art. 100 do CDC e a reversão dos valores apurados para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 13 da LACP), com vistas a que a sentença não se torne inócua.

Em face do disposto no art. 5º, XXXVI, da CRFB, é indubitável que o contrato válido entre as partes constitui ato jurídico perfeito, protegido pelo texto constitucional, dele irradiando, para uma ou para ambas as partes, direitos adquiridos, não podendo ser alcançado por lei superveniente à data da celebração do contrato, mesmo quanto aos efeitos futuros decorrentes do ajuste negocial.

O ordenamento jurídico brasileiro atribui ao regulamento, unicamente o papel de regulamentar a lei, esclarecendo o seu comando normativo, porém, sempre, observando-a, estritamente, não podendo inovar, ampliar ou restringir direitos, sob pena de ilegalidade.

O contrato firmado entre o estudante e a CEF constitui, em sua essência, típico contrato de adesão, ou seja, aquela modalidade contratual em que todas as cláusulas são previamente estipuladas por uma das partes de modo que a outra não tem poderes para debater as condições, ou mesmo introduzir modificações no esquema proposto.

Por outro lado, assim dispõe o art. 100 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), aplicável à espécie por força do art. 21 da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública):

Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Vê-se, portanto, que a legitimidade ativa do Ministério Público (CDC, art. 82, I) para promover a liquidação e a execução da sentença coletiva, em se tratando de direitos individuais homogêneos, é subsidiária, não podendo aquele ente legitimado substituir os lesados.

Outrossim, na hipótese de liquidação de sentença proferida em ação civil pública proposta em defesa de direitos individuais homogêneos promovida pelo Ministério Público ante a ausência de habilitação dos interessados, nos termos do art. 100 da Lei nº 8.078/1990, não há que se falar em liquidação ou execução coletiva em proveito de cada um dos lesados, mas sim de liquidação para apurar a indenização que será destinada ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos de que tratam os artigos 13 e 20 da Lei nº 7.347/1985, a ser revertido em benefício de toda a sociedade.

A reparação fluida (fluid recovery) é utilizada em situações nas quais os lesados não tenham se habilitado ou não são identificáveis ou em que o prejuízo é individualmente irrelevante e globalmente relevante.

No caso dos autos, embora a petição ministerial faça desde logo referência à liquidação provisória por artigos, não se trata de liquidação coletiva movida pelo Ministério Público Federal em prol dos lesados.

Na verdade, facilmente se percebe, dos termos da peça processual referida, que se trata de mero procedimento preparatório e de chamamento dos lesados para que se habilitem, individualmente, para promover a liquidação e posterior execução do julgado, se for o caso.

Superada a questão atinente à natureza do prazo do artigo 100 do CDC, é importante destacar que o referido dispositivo normativo restou vago ao não estabelecer o termo inicial da contagem do aludido prazo.

Assim, a fim de evitar a insegurança que surge da indeterminação do termo *a quo* da reparação fluida, a doutrina defende que o prazo deverá ser contado a partir do “trânsito em julgado” da sentença condenatória genérica que reconheceu a lesão ao direito individual homogêneo.

Isto porque a comparação entre a gravidade do dano e o número de habilitações já é tarefa de alta complexidade, e, mais ainda seria se ela fosse realizada levando-se em conta as liquidações provisórias da sentença do artigo 95 do CDC.

Ou seja, o “trânsito em julgado” da sentença condenatória genérica foi convencionado como termo inicial da contagem do prazo ânua a fim de evitar maiores dificuldades e inseguranças neste árduo processo de verificação da compatibilidade do número de habilitações com a gravidade do dano.

Para que seja deflagrada a contagem do prazo ânua, entretanto, não basta que a sentença condenatória genérica transite em julgado: é necessária, ainda, a publicação de edital divul-

gando a ocorrência do trânsito em julgado, aplicando-se, por analogia, a regra do artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor.

Dessa feita, a publicação do edital constitui, por conseguinte, o *dies a quo* do prazo, que, por ser anual é contado do dia do início ao dia e mês correspondente do ano seguinte, conforme art. 1º da Lei nº 810/49 c/c o art. 240, parágrafo único, do CPC/73.

Nesse sentido decidiu o STJ em recente precedente, assim ementado:

RECURSO ESPECIAL - DIREITO DO CONSUMIDOR - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO COLETIVA - INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DA SENTENÇA GENÉRICA REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, COM FUNDAMENTO NO ART. 100 DO CDC (FLUID RECOVERY) - PEDIDO INDEFERIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, SOB O ARGUMENTO DE QUE O TRANSCURSO DO PRAZO DE UM ANO DEVE TER COMO TERMO INICIAL A PUBLICAÇÃO DE EDITAIS EM JORNAIS DE AMPLA CIRCULAÇÃO, OBRIGAÇÃO A QUE FORAM CONDENADOS OS RÉUS - IMPOSSIBILIDADE DE SE CONDICIONAR O INÍCIO DO REFERIDO PRAZO AO CUMPRIMENTO DA CITADA OBRIGAÇÃO DE FAZER. INSURGÊNCIA RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.

Hipótese: liquidação de sentença genérica, proferida nos autos de ação coletiva, requerida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fulcro no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor. Pretensão indeferida pelas instâncias ordinárias, sob o argumento de que seria necessária, previamente, a publicação de editais em jornais de ampla circulação - obrigação determinada aos réus da demanda coletiva, na sentença condenatória.

1. Sendo o Ministério Público o autor da ação coletiva, a sua atuação como custos legis não é obrigatória, pois, nos termos do princípio da unidade, o Ministério Público é uno enquanto instituição, razão pela qual, uma vez figurando como parte do processo, é dispensada a sua presença como fiscal da lei.

2. Nos termos do artigo 100, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, “decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida”, hipótese denominada reparação fluida - *fluid recovery*, inspirada no modelo norte-americano da *class action*.

2.1. Referido instituto, caracterizado pela subsidiariedade, aplica-se apenas em situação na qual os consumidores lesados desinteressam-se quanto ao cumprimento individual da sentença coletiva, transferindo à coletividade o produto da reparação civil individual não reclamada, de modo a preservar a vontade da Lei, qual seja a de impedir o enriquecimento sem causa do fornecedor que atentou contra as normas jurídicas de caráter público, lesando os consumidores.

2.2. Assim, se após o escoamento do prazo de um ano do trânsito em julgado, não houve habilitação de interessados em número compatível com a extensão do dano, exsurge a legitimidade do Ministério Público para instaurar a execução, nos termos do mencionado artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor; nesse contexto, conquanto a sentença tenha determinado que os réus publicassem a parte dispositiva em dois jornais de ampla circulação local, esta obrigação, frise-se, destinada aos réus, não pode condicionar a possibilidade de reparação fluida, ante a ausência de disposição legal para tanto e, ainda, a sua eventual prejudicialidade à efetividade da ação coletiva, tendo em vista as dificuldades práticas para compelir os réus ao cumprimento.

2.3. Todavia, no caso em tela, observa-se que não obstante as alegações do Ministério Público Estadual, deduzidas no recurso especial, no sentido de que “no presente caso houve a regular publicação da sentença, conforme documento da fl. 892 [dos autos de agravo de instrumento, correspondente à fl. 982, e-STJ]”, ao compulsar os autos, verifica-se que a mencionada folha

refere-se à publicação do edital, em 20/02/2003, relativo à cientificação dos interessados sobre a propositura da ação coletiva. Assim, o citado edital não se destinou à cientificação dos interessados quanto ao conteúdo da sentença, mas à propositura da ação coletiva, o que constitui óbice à sua habilitação, razão pela qual não se pode reputar iniciado o prazo do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor. Precedente: REsp 869583/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 05/09/2012.

3. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO, a fim de (i) afastar a necessidade de cumprimento da obrigação de publicar editais em dois jornais de ampla circulação local para fins de contagem do prazo previsto no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, bem assim (ii) determinar o retorno dos autos à origem, para que se proceda à publicação de edital, sobre o teor da sentença exequenda, em órgão oficial, nos termos do artigo 94 do diploma consumerista.

(REsp 1156021/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, 4ª Turma, julgado em 06/02/2014, DJE 05/05/2014).

Ante o exposto, voto por *DAR PARCIAL PROVIMENTO* a ambos os recursos, nos termos da fundamentação supra.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0034160-27.2008.4.03.9999
(2008.03.99.034160-1)

Apelante: SÉRGIO APARECIDO GALDEANO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE SERTÃOZINHO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
Classe do Processo: AC 1329937
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/05/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CARÊNCIA DE AÇÃO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. REGRAS DE TRANSIÇÃO ESTABELECIDAS NO RE Nº 631.240. NOVO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO EFETUADO, POSTERIOR À PROPOSITURA DA AÇÃO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, assegura o pleno acesso ao Poder Judiciário para a proteção dos cidadãos em caso de lesão ou ameaça a direito, desde que haja lide a justificar a atuação do Poder Judiciário como forma democrática de composição de conflitos, o que também se revela como interesse de agir (necessidade da intervenção judicial). Dessa forma, firmou-se entendimento no sentido da exigência do prévio requerimento na via administrativa como requisito para o ajuizamento de ação relativa à matéria previdenciária, para que fique caracterizado o interesse de agir, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise.
2. A questão relativa à necessidade de requerimento administrativo para os processos judiciais envolvendo a concessão ou o restabelecimento de benefício previdenciário restou definida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 631.240, com repercussão geral reconhecida, estabelecendo, ainda, as regras de transição para as ações distribuídas até 03/09/2014:
3. No caso dos autos, observada a sistemática adotada em Superior Instância pela referida modulação, verifico que se torna desnecessário o retorno dos autos ao Juízo de conhecimento para elaboração de novo requerimento administrativo, pois conforme se denota de fls. 98/102 e 122/127, a parte autora já realizou tal requerimento administrativo aos 16/09/2008, passando a perceber um dos benefícios aqui pleiteados, não havendo notícias de que houve qualquer resistência injustificada do INSS ou mesmo qualquer requerimento administrativo da parte autora acerca de seu pedido subsidiário de aposentadoria especial. Dessa forma, imperioso constatar que nunca houve pretensão resistida a justificar a interposição desta demanda, motivo pelo qual a manutenção da r. sentença é medida que se impõe.
4. Apelação da parte autora 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, negar provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de abril de 2017.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão de aposentadoria especial ou aposentadoria por tempo de serviço.

A r. sentença julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil. Condenou o requerente nas custas e despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.500,00, ressalvada a gratuidade processual.

Inconformada, a parte autora interpôs apelação requerendo, em apertada síntese, a anulação da r. sentença e o retorno dos autos à Origem, para regular prosseguimento, oportunizando à parte autora a apresentação de novo requerimento em sede administrativa.

Com as contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o sucinto relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, assegura o pleno acesso ao Poder Judiciário para a proteção dos cidadãos em caso de lesão ou ameaça a direito, desde que haja lide a justificar a atuação do Poder Judiciário como forma democrática de composição de conflitos, o que também se revela como interesse de agir (necessidade da intervenção judicial).

Dessa forma, firmou-se entendimento no sentido da exigência do prévio requerimento na via administrativa como requisito para o ajuizamento de ação relativa à matéria previdenciária, para que fique caracterizado o interesse de agir, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise.

A questão relativa à necessidade de requerimento administrativo para os processos judiciais envolvendo a concessão ou o restabelecimento de benefício previdenciário restou definida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 631.240, com repercussão geral reconhecida, estabelecendo, ainda, as regras de transição para as ações distribuídas até 03/09/2014:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.

1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.
2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas.
3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.
4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo - salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração -, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.
5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.
6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.
7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.
8. Em todos os casos acima - itens (i), (ii) e (iii) -, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.
9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora - que alega ser trabalhadora rural informal - a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir. (STF, Tribunal Pleno, RE 631240/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 03.09.14, DJe em 10.11.2014).

Aderindo à tese e pacificando o entendimento jurisprudencial, o C. Superior Tribunal de Justiça também proferiu julgamento no Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.369.834, cuja ementa segue abaixo:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR AO QUE DECIDIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RE 631.240/MG, JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 631.240/MG, sob rito do artigo 543-B do CPC, decidiu que a concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento administrativo, evidenciando situações de ressalva e fórmula de transição a ser aplicada nas ações já ajuizadas até a conclusão do aludido julgamento (03/9/2014).

2. Recurso especial do INSS parcialmente provido a fim de que o Juízo de origem aplique as regras de modulação estipuladas no RE 631.240/MG. Julgamento submetido ao rito do artigo 543-C do CPC.

(REsp nº 1.369.834, Primeira Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 24/9/14, v.u., DJe 1º/12/14)

No caso dos autos, observada a sistemática adotada em Superior Instância pela referida modulação, verifico que se torna desnecessário o retorno dos autos ao Juízo de conhecimento para elaboração de novo requerimento administrativo, pois conforme se denota de fls. 98/102 e 122/127, a parte autora já realizou tal requerimento administrativo aos 16/09/2008, passando a perceber um dos benefícios aqui pleiteados, não havendo notícias de que houve qualquer resistência injustificada do INSS ou mesmo qualquer requerimento administrativo da parte autora acerca de seu pedido subsidiário de aposentadoria especial.

Dessa forma, imperioso constatar que nunca houve pretensão resistida a justificar a interposição desta demanda, motivo pelo qual a manutenção da r. sentença é medida que se impõe.

Ante o exposto, nego provimento à apelação da parte autora, nos termos ora consignados.

É o voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL**0009532-55.2013.4.03.6100****(2013.61.00.009532-8)**

Recorrente: NOVASOC COML/ LTDA E OUTRAS

Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Apelantes: NOVASOC COML/ LTDA E OUTRAS

Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA (VICE-PRESIDENTE)

Classe do Processo: AMS 356206

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/05/2017

DECISÃO

Cuida-se de Recurso Especial interposto pelo *Contribuinte*, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c” da Constituição Federal, em face de acórdão proferido por órgão fracionário deste E. Tribunal.

Alega, em síntese: (i) violação ao art. 1.022, II do CPC; (ii) contrariedade às disposições dos arts. 15 da Lei 8.036/90; 28, I e § 9º, da Lei 8.212/91; 457 da CLT; 9º, I e 97, I do CTN; (ii) as bases de cálculo da contribuição previdenciária e do FGTS se igualam, de modo que as verbas consideradas indenizatórias para uma contribuição e, conseqüentemente retiradas de sua base de cálculo devem ser igualmente reconhecidas como indenizatórias e retiradas da base de cálculo da outra; (iii) não deve incidir contribuição ao FGTS sobre as verbas quebra de caixa, auxílio-natalidade, adicionais de horas extras, noturno, periculosidade, insalubridade e tempo de serviço, salário-maternidade, férias gozadas e décimo terceiro e (iv) ter direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, com aplicação da taxa Selic, desde a data do indébito, com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Sustenta a existência de dissídio jurisprudencial.

A *União* apresentou contrarrazões.

DECIDO.

O presente recurso deve ser admitido.

Recurso tempestivo, além de estarem preenchidos os requisitos genéricos do art. 1.029 do Código de Processo Civil.

Atendidos os requisitos do esgotamento das vias ordinárias e do prequestionamento.

O acórdão recorrido, reproduzido abaixo apenas em relação aos trechos pertinentes, foi lavrado nos seguintes termos:

“QUEBRA-DE-CAIXA

A gratificação por liberalidade, além do previsto na Lei nº 8.212/91, o art. 457, § 1º, da CLT prevê que ‘integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.’” Acresça-se, ainda que o E. STJ assentou a natureza não indenizatória das gratificações pagas por liberalidade do empregador. Neste sentido os seguintes julgados:

“TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - AUXÍLIO QUEBRA-DE-CAIXA - VERBA REMUNERATÓRIA - INCIDÊNCIA - PRECEDENTES.

1. Quanto ao auxílio quebra-de-caixa, consubstanciado no pagamento efetuado mês a mês ao empregado em razão da função de caixa que desempenha, por liberalidade do empregador, *a Primeira Seção desta Corte assentou a natureza não-indenizatória das gratificações feitas por liberalidade do empregador.*

2. Infere-se, pois, de sua natureza salarial, que este integra a remuneração, razão pela qual se tem como pertinente a incidência da contribuição previdenciária sobre ela.

Embargos de declaração recebidos como agravo regimental.

Agravo regimental improvido”. (STJ - Segunda Turma - Edcl no RESP 733.362/RJ - Relator Ministro Humberto Martins - Julgado em 03/04/2008 - Publicado no DJe: 14/04/2008). (Grifos no original).

[...]

Do adicional por tempo de serviço

Dispõe o § 9º, do artigo 28, da Lei nº 8212/91 sobre o rol das parcelas que não integram o salário de contribuição, por não se constituírem salário do trabalhador. Entretanto, a previsão do § 9º, letra “e”, item “2”, refere-se à indenização por tempo de serviço, anterior a 05 de outubro de 1988, do empregado não optante pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS. Assim sendo, considerando que o pedido da parte impetrante cuida-se de anuênios, biênios, quinquênios, como sendo um adicional enraizado na cultura organizacional das empresas, estabelecidos por convenção, tendo como sua natureza de gratificação e não salarial, todavia, este relator entende que tais parcelas possuem caráter remuneratório.

Neste sentido, a jurisprudência do E. TRF1, reconhecendo que o adicional por tempo de serviço é contraprestação ao trabalho realizado, ou seja, possui natureza de salário e, conseqüentemente, integra o salário de contribuição. Sendo assim, resta configurado de forma nítida o caráter salarial da referida verba.

Neste sentido o seguinte julgados:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA SOBRE AS SEGUINTE PARCELAS REMUNERATÓRIAS: DIÁRIAS, AUXÍLIO-NATALIDADE, AUXÍLIO-FUNERAL, ABONO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS (1/3), FÉRIAS INDENIZADAS, CONVERSÃO DA LICEÇA PRÊMIO EM PECÚNIA E AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VERBAS INDENIZATÓRIAS. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DA EXAÇÃO. POSSIBILIDADE. ADICIONAL DE SOBREAVISO, ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO, HORA EXTRA, HORA REPOUSO, ADICIONAL NOTURNO, INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. NATUREZA SALARIAL. CONTRIBUIÇÃO DEVIDA.

I - Na espécie dos autos, não incide contribuição previdenciária sobre as diárias até o limite de 50% (cinquenta por cento da remuneração), auxílio-natalidade, auxílio-funeral, férias indenizadas, terço constitucional de férias, conversão da licença prêmio em pecúnia e auxílio-alimentação, porquanto as verbas se revestem de caráter indenizatório, não sendo consideradas contraprestação pelo serviço realizado. Precedentes.

II - Os valores pagos a título de adicional noturno, insalubridade e periculosidade, hora repouso, hora extra, adicional de sobreaviso e adicional por tempo de serviço possuem natureza salarial e, por isso, integram a base de cálculo da contribuição previdenciária. Precedentes.

III - Agravo de instrumento parcialmente provido, para sobrestar a exigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre as diárias até o limite de 50% (cinquenta por cento da remuneração), auxílio-natalidade, auxílio-funeral, férias indenizadas, terço constitucional de férias, conversão da licença prêmio em pecúnia e auxílio-alimentação”. (TRF1, 8ª Turma, Relator Desembargador Federal SOUZA PRUDENTE, e-DJF1 Data: 17/02/2012 Pg: 758). (Grifei).

Em pesquisa realizada junto aos repositórios de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não se localizou, a princípio, precedente sobre o tema tratado no acórdão recorrido - especificamente sobre a incidência de contribuição ao FGTS sobre as verbas quebra de caixa e

auxílio-natalidade -, merecendo trânsito o recurso excepcional para que a Corte Especial exerça a sua função constitucional.

Por seu turno, o conhecimento dos demais argumentos defendidos pelo Recorrente será objeto de exame pelo Superior Tribunal de Justiça, porquanto aplicáveis ao caso as Súmulas nº 292 e 528 do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, *admito* o Recurso Especial.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de abril de 2017.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Vice-Presidente

EMBARGOS INFRINGENTES**0018547-15.2013.4.03.0000****(2013.03.00.018547-8)**

Embargante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Embargado: RAFAEL MARQUES REBOUÇAS

Parte Ré: RMR CONTACT REPRESENTACOES LTDA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA

Classe do Processo: EI 510264

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/04/2017

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM*, MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA, INSUSCETÍVEL DE PRECLUSÃO *PRO JUDICATO*. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA EXECUTADA. INEXISTÊNCIA DE DILIGÊNCIA DE OFICIAL DE JUSTIÇA. RECONHECIDA *EX OFFICIO* A ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM* DO SÓCIO ADMINISTRADOR/ GERENTE. PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. *DIES AD QUEM* DO PRAZO PRESCRICIONAL. DESPACHO CITATÓRIO, PROFERIDO NA VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/05. APLICÁVEL A NOVEL LEGISLAÇÃO. PRESCRITOS TODOS OS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS.

I. Os embargos infringentes foram opostos na vigência do CPC/73, o qual previa a existência de tal recurso. Admite-se, por construção pretoriana, a oposição de embargos infringentes em sede de agravo de instrumento, desde que o aresto embargado, não unânime, tenha reformado decisão que analisou matéria de mérito, como a espécie, em que se discute a prescrição em exceção de pré-executividade.

II. A ilegitimidade *ad causam*, por ser matéria de ordem pública, é cognoscível *ex officio* a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 337, § 5º, do CPC) e, *a fortiori*, insuscetível de preclusão *pro judicato*.

III. O redirecionamento da execução fiscal que teve, como esteio único, a suposta dissolução irregular da empresa executada, calcada na frustrada citação via postal, tal chamamento ao processo não se sustenta ante a ausência de diligência do Sr. Oficial de Justiça no endereço da sua sede. Além disso, inexistente qualquer prova do abuso de personalidade jurídica, na forma de excesso de poder ou de infração à lei, contrato social ou estatuto. Não é possível atribuir responsabilidade solidária ao sócio administrador/gerente pelo mero inadimplemento da obrigação tributária pela empresa executada.

IV. Reconhecida, *ex officio*, a ilegitimidade *ad causam* do sócio administrador/gerente para figurar no polo passivo da execução fiscal (redirecionamento), com a condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor atualizado da causa (art. 85, § 3º, do CPC).

V. A execução fiscal foi ajuizada antes da vigência da LC nº 118/05, sendo o despacho do juiz que ordenou a citação da empresa executada proferido quando já em vigor.

Aplicável a nova legislação, consoante o REsp Repetitivo nº 999.901/RS.

VI. Considerado como marco interruptivo da prescrição o despacho citatório (13.06.2005 - fl. 56), sendo, porém, indevida à retroação à data da propositura da ação (20.10.2004), ante a inexistência de citação da empresa executada, a qual não pode ser atribuída à morosidade da Justiça, por restar evidenciada a inércia da exequente. Inaplicável a Súmula nº 106 do C. STJ.

VII. Verifica-se o transcurso de mais de cinco anos entre as datas de entrega das declarações (14.05.1999, 13.08.1999, 11.11.1999 e 14.02.2000) e o despacho citatório (13.06.2005), encontrando-se atingidos pela prescrição todos os débitos discutidos.

VIII. Rejeitada a matéria preliminar, arguida pela União Federal, de preclusão *pro judicado* da questão relativa à ilegitimidade *ad causam*. Reconhecida, *ex officio*, a ilegitimidade passiva *ad causam* do sócio administrador/gerente, com a sua exclusão do feito executório e a extinção do processo, sem resolução do mérito, em relação a ele, nos termos do art. 485, VI, do CPC. Negado provimento aos embargos infringentes da União Federal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, rejeitar a matéria preliminar arguida pela União Federal, reconhecer, *ex officio*, a ilegitimidade passiva *ad causam* de RAFAEL MARQUES REBOUÇAS, com a sua exclusão do feito executório e a extinção do processo, sem resolução do mérito, em relação a ele, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, e negar provimento aos embargos infringentes da União Federal, nos termos do voto do Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator). Acompanharam-no a Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA e os Desembargadores Federais FÁBIO PRIETO, NERY JÚNIOR, CONSUELO YOSHIDA e MÔNICA NOBRE. Vencido o Desembargador Federal CARLOS MUTA, que acompanhava o Relator pela conclusão quanto à inexistência dos requisitos para o redirecionamento da execução fiscal e, no mérito, relativamente à prescrição, dava provimento aos embargos infringentes. Farão declaração de voto os Desembargadores Federais FÁBIO PRIETO e CARLOS MUTA.

São Paulo, 07 de março de 2017.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de embargos infringentes opostos pela União Federal em face de v. acórdão da Egrégia Terceira Turma desta Corte, acostado à fl. 279, que, por maioria, negou provimento ao agravo inominado do ente público, interposto contra a r. decisão monocrática (fls. 269/270), que deu provimento ao presente agravo de instrumento para reformar a r. decisão de deferimento parcial de exceção de pré-executividade e reconhecer a prescrição da integralidade dos créditos tributários discutidos, e não apenas daqueles constituídos mediante as DCTF's nºs 000.100.1999.300.28858 e 000.100.1999.101.04321. O v acórdão embargado foi proferido nos termos do voto do Exmo. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (fls. 277/278), no

que foi acompanhado pelo Exmo. Desembargador Federal NERY JÚNIOR, restando vencido o Exmo. Desembargador Federal CARLOS MUTA, que dava provimento ao agravo inominado.

Opostos embargos declaratórios pela União (fls. 282/284), foram conhecidos em parte e, na parte conhecida, rejeitados (fls.292/294).

Nas razões recursais (fls. 296/297), busca a União prevalência do voto vencido, alegando, em síntese, a inoccorrência da prescrição quanto aos débitos constituídos em 11/11/1999 e 14/02/2000 (DCTF's nºs 000.100.1999.101.94585 e 000.100.2000.102.33562), uma vez que não teria decorrido prazo superior a cinco anos até a data de ajuizamento da execução fiscal (20.10.2004). Sustenta aplicável o disposto no parágrafo único, inciso I, do artigo 174, do Código Tributário Nacional, com redação dada pela Lei Complementar nº 118/2005, sob o argumento de que já se encontrava vigor ao tempo do despacho citatório, o qual interrompe o prazo prescricional, retroagindo à data do ajuizamento da ação, conforme estabelece o artigo 219, §1º, do Código de Processo Civil de 1.973, bem como o entendimento firmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp Repetitivo nº 1.120.295/SP.

Contrarrazões às fls. 299/313, pugnando pelo desprovimento do recurso.

Admitidos os embargos infringentes (fl. 315) e, decorrido o prazo legal sem manifestação da parte embargada (fl. 317), foram os autos redistribuídos à minha relatoria.

As partes foram intimadas, na forma do artigo 10 do Código de Processo Civil, para se manifestarem acerca de eventual ocorrência da ilegitimidade passiva *ad causam* do embargado RAFAEL MARQUES REBOUÇAS (fl. 319). A União (embargante) sustentou encontrar-se preclusa tal questão (fl. 321). O embargado deixou transcorrer, *in albis*, o prazo para manifestação (fl. 319-verso).

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

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

Trata-se de embargos infringentes opostos pela União Federal em face de v. acórdão da Egrégia Terceira Turma desta Corte, acostado à fl. 279, que, por maioria, negou provimento ao agravo inominado do ente público, interposto contra a r. decisão monocrática (fls. 269/270), que deu provimento ao presente agravo de instrumento para reformar a r. decisão de deferimento parcial de exceção de pré-executividade e reconhecer a prescrição da integralidade dos créditos tributários discutidos, e não apenas daqueles constituídos mediante as DCTF's nºs 000.100.1999.300.28858 e 000.100.1999.101.04321. O v acórdão embargado foi proferido nos termos do voto do Exmo. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (fls. 277/278), no que foi acompanhado pelo Exmo. Desembargador Federal NERY JÚNIOR, restando vencido o Exmo. Desembargador Federal CARLOS MUTA, que dava provimento ao agravo inominado.

A priori, registro que os embargos infringentes (11/04/2016) foram opostos na vigência do Código de Processo Civil de 1.973, o qual previa a existência de tal recurso.

Cumpre realçar que, muito embora o antigo *Codex* Processual Civil não estabelecesse, de forma expressa, o cabimento de embargos infringentes em sede de agravo de instrumento, admitia-se, por construção pretoriana, a oposição deste recurso, desde que o aresto embargado, não unânime, tivesse reformado decisão que analisou matéria de mérito. Nesse senti-

do, cito julgados do Colendo Superior Tribunal e desta Egrégia Segunda Seção: *STJ - AgRg no AREsp 12778 / SP, Rel. Min. SIDNEI BENETI (1137), TERCEIRA TURMA, julgamento em 05/02/2013, DJe 26/02/2013; TRF da 3ª Região - SEGUNDA SEÇÃO, EI 0025534-38.2011.4.03.0000, Rel. Des. Fed. ALDA BASTO, julgado em 03/09/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/09/2013.*

Logo, vê-se que a existência de conteúdo meritório do *decisum* colegiado, não unânime, seja em grau de apelação ou em agravo de instrumento (este último aceito por construção pretoriana), é condição *sine qua nom* para a admissibilidade dos embargos infringentes, cuidando-se, assim, de requisito imprescindível.

In casu, o v. acórdão majoritário embargado reformou decisão proferida em exceção de pré-executividade, na qual se discutia a prescrição, de modo que comporta o recurso de embargos infringentes.

Assim conheço dos embargos infringentes.

Contudo, antes de adentrar no exame dos presentes embargos infringentes, passo a analisar a legitimidade ad causam de RAFAEL MARQUES REBOUÇAS para compor o polo passivo da execução fiscal, condição da ação.

Assim, rechaço a preliminar da União de preclusão da *quaestio*, por ser matéria de ordem pública, cognoscível *ex officio* a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 337, § 5º, do CPC) e, *a fortiori*, insuscetível de preclusão *pro judicato*.

Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DOAÇÃO DE BEM PÚBLICO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE COM DISPENSA DE PROVA PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRECLUSÃO *PRO JUDICATO*. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DOAÇÃO COM ENCARGO. DISPENSA DE LICITAÇÃO. INTERESSE PÚBLICO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.

Omissis

5. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que, por ser matéria de ordem pública, a análise de ocorrência ou não de prescrição, não ocorre preclusão *pro judicato*. Precedentes. REsp. 1.450.361/RN, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 3/6/2014, DJe 24/6/2014; EDcl no AgRg no REsp. 1.358.343/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 13/5/2013.

Omissis

10. Não pode ser conhecido o recurso pela alínea “c” do permissivo constitucional quando o recorrente não realiza o necessário cotejo analítico, bem como não apresenta, adequadamente, o dissídio jurisprudencial. Apesar da transcrição de ementa, não foram demonstradas as circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado e o aresto paradigma. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1517891/ES, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 17/08/2015) - destaquei

PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. ANÁLISE. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO *PRO JUDICATO*. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que não ocorre preclusão

pro judicato a análise de matéria de ordem pública. Precedentes: AgRg na Pet 9.669/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL; REsp. 1.450.361/RN, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA; EDcl no AgRg no REsp. 1.358.343/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 560.793/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 17/11/2014)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONDIÇÕES DA AÇÃO. LEGITIMIDADE *AD CAUSAM*. BACEN. CORREÇÃO MONETÁRIA. PLANO COLLOR. CRUZADOS NOVOS RETIDOS. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 168/90 E LEI Nº 8.024/90. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRECLUSÃO *PRO JUDICATO*. INOCORRÊNCIA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO COMPETENTE.

1. *As condições da ação, como sói ser a legitimidade ad causam, encerram questões de ordem pública cognoscíveis de ofício pelo magistrado, e, a fortiori, insuscetíveis de preclusão pro judicato.* Precedentes do STJ: EREsp 295.604/MG, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 01/10/2007 e AgRg no Ag 669.130/PR, QUARTA TURMA, DJ 03/09/2007.

Omissis

5. Recurso Especial parcialmente provido para determinar a remessa dos autos à Justiça Estadual (art. 113, *caput*, e § 2º, do CPC).

(STJ, RESP 200800992226, Relator Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJE DATA: 02/02/2010 - grifou-se).

PROCESSUAL CIVIL. MULTA CONTRATUAL. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE DE PARTE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRECLUSÃO *PRO JUDICATO*. IMPOSSIBILIDADE.

1 - Segundo iterativos precedentes desta Corte a multa contratual pode ser reduzida, ao prudente critério do juiz, quando observada, no caso concreto, indevida exacerbação que importe em verdadeiro enriquecimento sem causa.

2 - *Legitimidade de parte é matéria de ordem pública, analisável em qualquer grau de jurisdição. Inexistência de preclusão pro judicato.*

3 - Agravo regimental não provido.

(STJ, AGA 200500499500, Relator Min. FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, DJ DATA: 03/09/2007) - destaquei

Outro não é o entendimento adotado nesta Egrégia Corte Regional. A propósito, cito os seguintes julgados: TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 570357 - 0025386-85.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 04/08/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 16/08/2016; TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 578633 - 0005101-37.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 22/09/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 07/10/2016; TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 158396 - 0726087-78.1991.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 02/06/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 10/06/2016; TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 569004 - 0024441-98.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 28/04/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 06/05/2016; TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 555141 - 0008233-39.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 11/06/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 16/06/2015; TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1574067 - 0012874-60.2002.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, julgado em 28/05/2015, e-DJF3 Judicial 1

DATA: 11/06/2015; TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 544802 - 0028411-43.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 26/03/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 15/04/2015.

Consoante dito alhures, cuida-se de matéria de ordem pública e, como corolário lógico, permite o seu conhecimento a qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado, a teor do artigo 485, § 3º, do Código de Processo Civil (art. 267, § 3º, do CPC/73).

O MM. Juízo *a quo* (decisão de fl. 169) deferiu o pedido de redirecionamento da execução em relação a RAFAEL MARQUES REBOUÇAS, sob o fundamento de ser o sócio administrador à época da dissolução irregular, calcada esta na frustrada citação via postal da empresa executada RMR - CONTACT REPRESENTAÇÕES LTDA, com base no Aviso de Recebimento dos Correios (AR à fl. 37).

Exige-se para a inclusão de sócio no polo passivo da execução fiscal, com o seu redirecionamento, prova do abuso de personalidade jurídica, na forma de excesso de poder ou de infração à lei, contrato social ou estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa, nos termos do artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional.

Veja-se, a respeito, precedente desta Egrégia Corte:

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS INFRINGENTES. INCLUSÃO NA CDA. RESPONSABILIDADE PRESUMIDA DOS SÓCIOS. ART. 13 DA LEI 8.620/93. RE Nº 562.276/RS. INCONSTITUCIONALIDADE. OCORRÊNCIAS DO ART. 135, III DO CTN. PROVA A CARGO DA EXEQUENTE.

I - Entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal que, ao julgar o RE nº 562.276/RS, considerou inconstitucional a aplicação do artigo 13 da Lei 8.620/93. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça julgou o REsp 1.153.119/MG, pelo regime do artigo 543-B do CPC e da Resolução STJ 08/08.

II - Da mera presença dos nomes dos sócios da empresa na Certidão de Dívida Ativa não é possível inferir a presunção de responsabilidade dos mesmos, sendo necessária a observância dos critérios contidos no artigo 135 do CTN.

III - No caso em tela, a responsabilidade da embargante Suzana Queiroz San Emeterio pela obrigação tributária da pessoa jurídica executada se fundaria na regra inconstitucional do artigo 13 da Lei 8.620/93. Além da irregularidade do próprio fundamento, a embargante logrou, ainda, demonstrar (fls. 26/27) que nos estatutos da sociedade observa-se que a sócia não tinha poderes de administração, conforme alteração contratual de 02.03.1988, anterior ao período dos créditos objeto da execução. Deste modo, não há nos autos qualquer elemento que demonstre que a sócio agiu com excesso de poder ou infração à lei.

IV - Embargos infringentes providos para manter a exclusão de Suzana Queiroz San Emeterio do pólo passivo da execução.

(TRF3, EI 1303512, Relator Des. Fed. ANTÔNIO CEDENHO, DJ 16/01/2014).

Por outro lado, conforme entendimento jurisprudencial pacificado, apesar de ser encargo da empresa o recolhimento de tributos, o mero inadimplemento ou atraso no pagamento não caracteriza a responsabilidade tributária disposta no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional. Nesse sentido, a Súmula nº 430 do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.

O mesmo não ocorre quando há dissolução irregular da sociedade, devidamente comprovada por meio de diligência realizada por meio de Oficial de Justiça, posto haver o descumprimento de deveres por parte dos sócios gerentes/administradores da sociedade, nos termos da Súmula nº 435 do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

Destarte, a certidão de Oficial de Justiça, no sentido de que a empresa não mais existe, é indício bastante de dissolução irregular, apto a ensejar o redirecionamento da execução (STJ, AGRESp nº 175282, Rel. Min. Humberto Martins, j. 26.06.12; TRF3, AI nº 201203000225393, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, decisão proferida em 20.08.12; AI nº 201103000311827, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, j. 03.09.12).

Na espécie, não é possível deduzir a suposta dissolução irregular da empresa com base nos elementos constantes dos autos, ante a ausência de qualquer diligência por Oficial de Justiça no endereço da empresa executada cadastrada no CNPJ e na JUCESP, inexistente, também, a citação por edital desta.

Confira-se, a respeito, a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO-GERENTE. POSSIBILIDADE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. CERTIDÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 435/STJ.
1. *omissis*.

2. Jurisprudência pacífica desta Corte no sentido de que o encerramento da empresa sem baixa nos órgãos de registro competentes, bem como a comprovação mediante certidão do oficial de justiça de que esta não funciona mais no endereço indicado, são indícios de que houve dissolução irregular de suas atividades, o que autoriza o redirecionamento aos sócios-gerentes, nos termos da Súmula 435/STJ.

3. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1242666/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 14/02/2012)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. ART. 135, III, DO CTN. NÃO LOCALIZAÇÃO DA EMPRESA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR.

1. O posicionamento desta Corte é no sentido de que a não localização de empresa executada em endereço cadastrado junto ao Fisco, atestada na certidão do oficial de justiça, representa indício de dissolução irregular, o que possibilita e legitima o redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente. Esse foi o entendimento fixado pela Primeira Seção por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência nº 716.412/PR, em 12.9.2008, sob a relatoria do Ministro Herman Benjamin (DJe de 22.9.2008).

2. Na hipótese dos autos, o Tribunal *a quo* asseverou que existem indícios de dissolução irregular da sociedade, o que permite o redirecionamento da execução fiscal.

3. Decisão mantida por seus próprios fundamentos.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1247879/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJe 25/02/2010)

Nessa toada, cito julgados deste Egrégio Tribunal Regional Federal:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. EXECUÇÃO FISCAL. PIS. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 135, III, CTN. DIRETOR. SOCIEDADE ANÔNIMA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. FATO NÃO COMPROVADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não cabe redirecionamento da execução fiscal sem comprovação de dissolução irregular por diligência de oficial de Justiça ou de ato de gestão societária amoldado ao artigo 135, III, CTN, a tanto não se equiparando a inexistência de bens penhoráveis, a irregularidade cadastral por falta de cumprimento de obrigação acessória, ou, até mesmo, a infração à obrigação principal, por inadimplência fiscal, à luz da jurisprudência consolidada.

2. Caso em que o voto vencido reputou suficiente para redirecionar a execução fiscal a condição do embargado de diretor da sociedade, relegando o exame de eventual prática de infração, para efeito do artigo 135, III, CTN, para a defesa em embargos do devedor, dada a necessidade de dilação probatória.

3. Embargos infringentes desprovidos.

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI - EMBARGOS INFRINGENTES - 315244 - 0094684-48.2007.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 05/07/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 13/07/2016)

Neste diapasão, considerando que o redirecionamento da execução fiscal em relação ao sócio RAFAEL MARQUES REBOUÇAS teve, como esteio único, a suposta dissolução irregular da empresa executada, calcada na frustrada citação via postal, importa reconhecer que tal chamamento ao processo não se sustenta ante a ausência de diligência do Sr. Oficial de Justiça no endereço da sua sede.

Além disso, inexistente, nos autos, qualquer prova do abuso de personalidade jurídica, na forma de excesso de poder ou de infração à lei, contrato social ou estatuto. Não se faz possível, pois, atribuir a responsabilidade solidária pelo mero inadimplemento da obrigação tributária pela empresa executada, ainda que RAFAEL MARQUES REBOUÇAS detivesse a condição de sócio administrador/gerente (46/86, 88/101, 107/116, 120/127, 139/146, 151/157, 163/168 e 182).

Dessa feita, é de se reconhecer, de ofício, a ilegitimidade *ad causam* de RAFAEL MARQUES REBOUÇAS para figurar no polo passivo da execução fiscal, com o seu redirecionamento, sendo medida de rigor a sua exclusão do feito executório e, conseqüentemente, a extinção do processo, sem resolução do mérito, em relação a ele, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Diante disso, condeno a União ao pagamento de honorários advocatícios, em favor de RAFAEL MARQUES REBOUÇAS, arbitrados em 10% do valor atualizado da causa (R\$ 15.922,88 - 20.10.2004), com fulcro no artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil.

Anoto que segundo entendimento jurisprudencial remansoso é cabível o arbitramento de honorários advocatícios contra a Fazenda Pública quando acolhida exceção de pré-executividade, mesmo que resulte apenas na extinção parcial da execução fiscal (STJ, AGREsp 200901068605). Desta sorte, tal orientação é plenamente válida quando a extinção se dá pelo reconhecimento de ofício da ilegitimidade passiva em agravo de instrumento, interposto contra decisão proferida em incidente de pré-executividade.

Passo a apreciar os embargos infringentes.

No voto condutor (fls. 277/278), o Exmo. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator) assentou o seguinte entendimento: “Trata-se, no presente caso, de execução fiscal ajuizada antes da vigência da Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, a qual alterou o artigo 174, parágrafo único, inciso I, do CTN. No entanto, o despacho que ordenou a citação foi posterior a nova legislação, eis que as normas processuais têm aplicabilidade imediata”. Dessa forma, considerou atingidos pela prescrição todos os débitos constantes das CDA’s (nºs 80.2.04.040783-44, 80.6.04.060174-90 e 80.7.04.014303-02), pois transcorridos mais de cinco anos entre as datas da entrega das declarações (11/11/99, 14/02/00, 14/05/99 e 13/08/99) e a do despacho que ordenou a citação da União (13/06/2005).

No voto vencido (fls. 288/294), o Exmo. Desembargador Federal CARLOS MUTA consignou que “Na espécie, restou demonstrado que as DCTF’s foram entregues em 11/11/1999 e 14/02/2000 (f. 214), sendo que a execução fiscal foi ajuizada em 20/10/2004 (fl. 25), antes da vigência da LC 118/2005, sendo aplicável, pois, a interrupção nos termos da Súmula 106/STJ, pelo inexistente a prescrição (...)”.

Do cotejo dos votos acima reportados, verifica-se que a controvérsia cinge-se a ocorrência, ou não, da prescrição quanto aos créditos constantes das DCTF’s nºs 000.100.1999.101.94585 e 000.100.2000.102.33562, cujas declarações foram entregues, respectivamente, em 11.11.1999 e 14.02.2000.

Registro não haver qualquer dissenso quanto à prescrição reconhecida pelo MM. Juízo de origem no tocante aos créditos relativos às DCTF’s nºs 000.100.1999.300.28858 e 000.100.1999.101.04321, com declarações apresentadas, respectivamente, em 14.05.1999 e 13.08.1999.

Dispõe o *caput*, do artigo 174, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Por conseguinte, a constituição definitiva do crédito tributário, sujeito à decadência, inaugura o lapso prescricional da pretensão de cobrança judicial do crédito tributário.

A constituição definitiva do crédito tributário, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, disciplinado no artigo 150, do Código Tributário Nacional, *como na espécie*, dá-se com a data do vencimento ou com a entrega ao Fisco da declaração pertinente (Declaração de Tributos Federais - DCTF, Declaração de Rendimentos, ou outra que a elas se assemelhe).

Registre-se que a declaração pelo contribuinte dispensa a homologação formal, conforme consagrado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 962.379/RS, submetido ao rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973. Tal entendimento inclusive acabou por culminar na edição da Súmula nº 463:

A entrega da declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada outra providência por parte do Fisco.

Nesta senda, no caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, declarados pelo contribuinte e não pagos na época oportuna, o Fisco dispõe de cinco anos para a cobrança do crédito, contado o *termo a quo* do prazo prescricional do dia seguinte ao vencimento da exação ou da entrega da declaração pelo contribuinte, o que for posterior.

Por sua vez, a prescrição será interrompida, dentre outras hipóteses legais, pela citação pessoal do devedor (art. 174, par. único, I, do CTN, redação primitiva) ou, ainda, pelo despacho que a ordenar (art. 174, par. único, I, com redação dada pela LC nº 118/05).

Frise-se que, havendo a *citação válida do devedor*, a interrupção da prescrição *retroagirá à data do ajuizamento da ação*, nos termos do artigo 219, § 1º, do Código de Processo Civil de 1.973, sendo, pois, esse o *termo ad quem do prazo prescricional*.

Todavia, para se evitar prejuízo à exequente por eventual morosidade atribuível à máquina judiciária para promoção da citação, consoante inclusive encerra a redação do artigo 219, § 2º, do Código de Processo Civil de 1.973, com as modificações dadas pela Lei nº 8.952/1994, deve ser considerada a existência, ou não, de sua inércia.

Esse entendimento inclusive veio a ser cristalizado na Súmula nº106 do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

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 arguição de prescrição ou decadência.

Na linha de exegese ora adotada, é o entendimento consagrado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.120.295/SP, submetido ao regime dos recursos repetitivos (art. 543-C, do CPC/73), consoante se extrai do ementário abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE O FISCO COBRAR JUDICIALMENTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO POR ATO DE FORMALIZAÇÃO PRATICADO PELO CONTRIBUINTE (*IN CASU*, DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS). PAGAMENTO DO TRIBUTO DECLARADO. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA. PECULIARIDADE: DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS QUE NÃO PREVÊ DATA POSTERIOR DE VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL, UMA VEZ JÁ DECORRIDO O PRAZO PARA PAGAMENTO. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL A PARTIR DA DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO.

1. O prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (mediante DCTF, GIA, entre outros), nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que, não obstante cumprido o dever instrumental de declaração da exação devida, não restou adimplida a obrigação principal (pagamento antecipado), nem sobreveio quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 658.138/PR, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, julgado em 14.10.2009, DJe 09.11.2009; REsp 850.423/SP, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 28.11.2007, DJ 07.02.2008; e AgRg nos EREsp 638.069/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 25.05.2005, DJ 13.06.2005).

2. A prescrição, causa extintiva do crédito tributário, resta assim regulada pelo artigo 174, do Código Tributário Nacional, *verbis*:

“Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe: I - pela citação pessoal feita ao devedor;

I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;

- (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005) II - pelo protesto judicial;
III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;
IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.”
3. A constituição definitiva do crédito tributário, sujeita à decadência, inaugura o decurso do prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário.
4. A entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência conducente à formalização do valor declarado (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 962.379/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.10.2008, DJe 28.10.2008).
5. O aludido entendimento jurisprudencial culminou na edição da Súmula 436/STJ, *verbis*: “A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco.”
6. Consequentemente, o *dies a quo* do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data do vencimento da obrigação tributária expressamente reconhecida.
7. *In casu*: (i) cuida-se de créditos tributários atinentes a IRPJ (tributo sujeito a lançamento por homologação) do ano-base de 1996, calculado com base no lucro presumido da pessoa jurídica; (ii) o contribuinte apresentou declaração de rendimentos em 30.04.1997, sem proceder aos pagamentos mensais do tributo no ano anterior; e (iii) a ação executiva fiscal foi proposta em 05.03.2002.
8. Deveras, o imposto sobre a renda das pessoas jurídicas, independentemente da forma de tributação (lucro real, presumido ou arbitrado), é devido mensalmente, à medida em que os lucros forem auferidos (Lei 8.541/92 e Regulamento do Imposto de Renda vigente à época - Decreto 1.041/94).
9. De acordo com a Lei 8.981/95, as pessoas jurídicas, para fins de imposto de renda, são obrigadas a apresentar, até o último dia útil do mês de março, declaração de rendimentos demonstrando os resultados auferidos no ano-calendário anterior (artigo 56).
10. Assim sendo, não procede a argumentação da empresa, no sentido de que: (i) “a declaração de rendimentos ano-base de 1996 é entregue no ano de 1996, em cada mês que se realiza o pagamento, e não em 1997”; e (ii) “o que é entregue no ano seguinte, no caso, 1997, é a Declaração de Ajuste Anual, que não tem efeitos jurídicos para fins de início da contagem do prazo seja decadencial, seja prescricional”, sendo certo que “o Ajuste Anual somente tem a função de apurar crédito ou débito em relação ao Fisco.” (fls. e-STJ 75/76).
11. Vislumbra-se, portanto, peculiaridade no caso sub examine, uma vez que a declaração de rendimentos entregue no final de abril de 1997 versa sobre tributo que já deveria ter sido pago no ano-calendário anterior, inexistindo obrigação legal de declaração prévia a cada mês de recolhimento, consoante se depreende do seguinte excerto do acórdão regional: “Assim, conforme se extrai dos autos, a formalização dos créditos tributários em questão se deu com a entrega da Declaração de Rendimentos pelo contribuinte que, apesar de declarar os débitos, não procedeu ao devido recolhimento dos mesmos, com vencimentos ocorridos entre fevereiro/1996 a janeiro/1997 (fls. 37/44).”
12. Consequentemente, o prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial da exação declarada, *in casu*, iniciou-se na data da apresentação do aludido documento, vale dizer, em 30.04.1997, escoando-se em 30.04.2002, não se revelando prescritos os créditos tributários na época em que ajuizada a ação (05.03.2002).
13. *Outrossim, o exercício do direito de ação pelo Fisco, por intermédio de ajuizamento da*

execução fiscal, conjura a alegação de inação do credor, revelando-se incoerente a interpretação segundo a qual o fluxo do prazo prescricional continua a escoar-se, desde a constituição definitiva do crédito tributário, até a data em que se der o despacho ordenador da citação do devedor (ou até a data em que se der a citação válida do devedor, consoante a anterior redação do inciso I, do parágrafo único, do artigo 174, do CTN).

14. O *Codex Processual*, no § 1º, do artigo 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que, na seara tributária, *após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005*, conduz ao entendimento de que o *marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional.*

15. A doutrina abalizada é no sentido de que: “Para CÂMARA LEAL, como a prescrição decorre do não exercício do direito de ação, o exercício da ação impõe a interrupção do prazo de prescrição e faz que a ação perca a ‘possibilidade de reviver’, pois não há sentido a priori em fazer reviver algo que já foi vivido (exercício da ação) e encontra-se em seu pleno exercício (processo).

Ou seja, o exercício do direito de ação faz cessar a prescrição.

Aliás, esse é também o diretivo do Código de Processo Civil:

‘Art. 219. A citação válida torna preventivo o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

§ 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.’

Se a interrupção retroage à data da propositura da ação, isso significa que é a propositura, e não a citação, que interrompe a prescrição. Nada mais coerente, posto que a propositura da ação representa a efetivação do direito de ação, cujo prazo prescricional perde sentido em razão do seu exercício, que será expressamente reconhecido pelo juiz no ato da citação.

Nesse caso, o que ocorre é que o fator conduta, que é a omissão do direito de ação, é desqualificado pelo exercício da ação, fixando-se, assim, seu termo consumativo. Quando isso ocorre, o fator tempo torna-se irrelevante, deixando de haver um termo temporal da prescrição.” (Eurico Marcos Diniz de Santi, *in* “Decadência e prescrição no Direito Tributário”, 3ª ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 232/233)

16. Destarte, a propositura da ação constitui o *dies ad quem* do prazo prescricional e, simultaneamente, o termo inicial para sua recontagem sujeita às causas interruptivas previstas no artigo 174, parágrafo único, do CTN.

17. *Outrossim, é certo que “incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário” (artigo 219, § 2º, do CPC).*

18. Consequentemente, tendo em vista que o exercício do direito de ação deu-se em 05.03.2002, antes de escoado o lapso quinquenal (30.04.2002), iniciado com a entrega da declaração de rendimentos (30.04.1997), não se revela prescrita a pretensão executiva fiscal, ainda que o despacho inicial e a citação do devedor tenham sobrevivido em junho de 2002.

19. Recurso especial provido, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(STJ, REsp 1.120.295/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção, J. 12/05/2010, DJe 21/05/2010) - destaquei

De outra parte, o Colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu, no julgamento do REsp nº 999.901/RS, submetido ao regime dos recursos repetitivos (art. 543-C, do CPC/73), que a Lei Complementar nº 118/2005, a qual promoveu alteração no artigo 174, parágrafo único, inciso I, do Código Tributário Nacional, estabelecendo como hipótese de interrupção da prescrição o despacho que ordena a citação, é norma processual e deve ser aplicada imediatamente aos processos em curso. E, bem assim, assentou ser aplicável a novel legislação às ações pro-

movidas antes da sua vigência (09.06.2005), contudo, desde que posterior o despacho citatório à sua entrada em vigor. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. CITAÇÃO POR EDITAL. INTERRUPTÃO. PRECEDENTES.

Omissis

6. *Destarte, consubstanciando norma processual, a referida Lei Complementar é aplicada imediatamente aos processos em curso, o que tem como consectário lógico que a data da propositura da ação pode ser anterior à sua vigência. Todavia, a data do despacho que ordenar a citação deve ser posterior à sua entrada em vigor, sob pena de retroação da novel legislação.*

Omissis

10. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem para prosseguimento do executivo fiscal, nos termos da fundamentação expendida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 999.901/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 10/06/2009)

In casu, a execução fiscal foi ajuizada em 20.10.2004 (fl. 25), ou seja, antes da vigência da Lei Complementar nº 118/2005 (09.06.2005). Contudo, o despacho do juiz que ordenou a citação da empresa executada se deu em 13.06.2005 (fl. 56), quando já em vigor.

Assim, é imperiosa a aplicação da nova legislação, considerando-se como *marco interruptivo da prescrição o despacho citatório* (13.06.2005 - fl. 56), sendo, porém, indevida à retroação à data da propositura da ação (20.10.2004 - fl. 25), ante a inexistência de citação da empresa executada.

Impende registrar que não se pode atribuir a ausência da citação à morosidade da Justiça, por restar evidenciada, nos autos, a inércia da exequente, já que, frustrada a tentativa de citação postal (AR - fl. 57), limitou-se a União a requerer a juntada de documentos e postular a apreciação de eventual pedido anteriormente formulado, que sequer fora realizado (61/65, 66/86 e 87/101).

Descuidou-se a exequente de seu ônus de promover o ato processual, seja por Oficial de Justiça, seja por edital. O feito executório prosseguiu sem a citação da empresa executada, tendo a exequente realizado esforços tão somente no sentido de redirecionamento da execução para os sócios.

Nesta toada, diante da configurada inércia da exequente, mostra-se inaplicável a Súmula nº 106 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Destaco, por oportuno, que o pedido de redirecionamento da execução na pessoa dos sócios não tem o condão de elidir o ônus processual da exequente de promover a citação da executada.

A propósito, destaco os arestos abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. ILEGITIMIDADE DE PARTE PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA AÇÃO. REQUISITOS AUSENTES. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. DECLARAÇÃO DO CONTRIBUINTE OU VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. INÉRCIA DA FAZENDA PÚBLICA EM PROMOVER A CITAÇÃO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA

106 DO C. STJ. RECURSO E REEXAME NECESSÁRIO IMPROVIDOS.*Omissis*

- Inaplicável, na espécie, o disposto na Súmula 106 do C. STJ, eis que sequer houve citação e a ausência da satisfação do crédito tributário não se deu por motivos inerentes ao mecanismo da justiça.

- Apelação e reexame necessário improvidos.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1968555 - 0031141-28.2002.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 21/09/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 05/10/2016)

AGRAVO LEGAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA.

1. Os débitos inscritos na dívida ativa dizem respeito à Contribuição Social incidente sobre o Lucro Presumido, cujos créditos foram constituídos mediante a entrega da Declaração de Rendimentos em 1996.

2. No caso, muito embora o ajuizamento da execução tenha ocorrido em 30.10.2000, restou caracterizada a inércia da exequente que, após frustrada a tentativa de citação com AR da empresa executada, descuidou de seu ônus em promover o ato processual, seja por oficial de justiça, seja por edital, envidando esforços tão somente no sentido de proceder ao redirecionamento do feito para os sócios da referida empresa.

3. Note-se que a exequente não veio a requerer, novamente, a citação da empresa executada, de modo que a não realização do ato deve a ela ser imputado, uma vez que decorreu período superior a 5 (cinco) anos desde a constituição do crédito tributário. Nesse passo, deve ser mantida a r. sentença que, acertadamente, reconheceu a prescrição tributária quinquenal.

4. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

5. Agravo legal improvido.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1971754 - 0084731-85.2000.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 11/12/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 18/12/2014)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. PRAZO PRESCRICIONAL. INÉRCIA DO EXEQUENTE. SÚMULA 106 DO STJ - INAPLICABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.*Omissis*

5. Pelo breve relato do andamento do feito, pode-se notar que o feito prosseguiu sem citação da empresa executada até a prolação da sentença extintiva, o que denota a inércia da exequente em perseguir efetivamente a satisfação dos créditos tributários em execução.

6. Com efeito, a teor do § 20 do art. 219 do CPC, é ônus do autor promover os meios necessários à citação do réu. Não se olvide, ainda, que o pedido de redirecionamento da execução na pessoa dos sócios não tem o condão de elidir o ônus processual do exequente de promover a citação da empresa devedora, ainda que por edital.

Omissis

9. Apelação a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1878835 - 0024715-09.2013.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES, julgado em 21/11/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 29/11/2013)

As declarações que ocorreram em momento posterior ao vencimento das exações, relativas aos débitos constantes das DCTF's n°s 000.100.1999.300.28858, 000.100.1999.101.04321, 000.100.1999.101.94585 e 000.100.2000.102.33562, foram entregues, respectivamente, em 14.05.1999, 13.08.1999, 11.11.1999 e 14.02.2000.

Desta feita, verifica-se o transcurso de mais de cinco anos entre as datas de entrega das declarações (14.05.1999, 13.08.1999, 11.11.1999 e 14.02.2000) e o despacho citatório (13.06.2005), encontrando-se atingidos pela prescrição todos os débitos tributários discutidos.

A par das considerações traçadas, data máxima vênua, concluo que o voto vencedor espelha o melhor posicionamento, a merecer guarida, quando entendeu pela ocorrência da prescrição da integralidade dos débitos tributários discutidos.

Isto posto, *rejeito* a matéria preliminar arguida pela União Federal, de preclusão *pro judicado* da questão relativa à ilegitimidade *ad causam*. Reconheço, *ex officio*, a ilegitimidade passiva *ad causam* de RAFAEL MARQUES REBOUÇAS, com a sua exclusão do feito executório e a extinção do processo, sem resolução do mérito, em relação a ele, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, condenando a União ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor atualizado da causa, com fulcro no artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil. *Nego provimento* aos embargos infringentes da União Federal.

É o voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA:

Senhores Desembargadores, os embargos infringentes, previstos no artigo 530, CPC/1973, não cabiam para exame de questão preliminar nem para a discussão de matéria decidida por unanimidade e, com maior razão, quando não apreciada pela Turma.

Todavia, em se tratando de questão de ordem pública, assentou-se o entendimento de que, mesmo que não apreciada no acórdão embargado, estando, pois, fora do âmbito da divergência, caberia à Seção o respectivo exame, o que se tem feito, especialmente quanto à prescrição em matéria tributária, ainda que o resultado possa ser mais gravoso para o recorrente.

Tal orientação vem assentada em alguns julgados da Seção, como este de que fui relator:

El 00312009820084039999, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 20/05/2011: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ACÓRDÃO DE REFORMA DE SENTENÇA DE MÉRITO. ADMISSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA E LIMITES DO CONHECIMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. PRAZO E FORMA DE CONTAGEM. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DCTF E DATA DO VENCIMENTO.

1. Tendo o acórdão sido proferido na vigência da Lei nº 10.352/01, reformando sentença de mérito, cabem os embargos infringentes.
2. Não se conhece, porém, dos embargos infringentes no tocante à alegação de violação ao artigo 535 do CPC, vez que se trata de impugnação não ao acórdão em que verificado o julgamento de mérito não-unânime, mas ao que decidido, por unanimidade, no bojo de embargos de declaração.
3. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF, devendo ser contada a prescrição desde então ou, na falta de comprovação documental de tal fato, a partir da data do vencimento dos tributos cobrados.
4. Caso em que consta dos autos a prova de que os vencimentos dos tributos ocorreram entre 10.02.98 e 08.01.99, sendo que a DCTF foi entregue em 28.10.99, tendo sido a execução fiscal,

antes da vigência da LC nº 118/05, em 28.09.04, com expedição de mandado em 25.10.04, e citação efetivada em 04.11.04, dentro, portanto, do prazo quinquenal, considerada a aplicação, na espécie, das Súmulas nº 78/TFR e nº 106/STJ, pelo que inexistente a prescrição.

5. Embora a prova da data da entrega da DCTF tivesse sido juntada somente depois dos embargos de declaração, por se tratar de discussão de matéria de ordem pública, passível de conhecimento de ofício, a qualquer tempo, não existe impedimento à discussão do tema, inclusive porque teve a embargada oportunidade processual para impugnar as razões e os fatos em que fundados os embargos infringentes.

6. Embargos infringentes parcialmente conhecidos e providos.

Assim igualmente já decidiu a Corte Superior:

AERESP 1.375.609, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJE 02/02/2015:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES. ÂMBITO DE COGNIÇÃO. TERMOS DO VOTO VENCIDO. RECONHECIMENTO DE MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. POSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA AOS QUAIS SE NEGOU SEGUIMENTO EM RAZÃO DE AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-PROCESSUAL. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A ausência de similitude fático-processual entre o acórdão embargado e os casos comparados impossibilita o processamento e julgamento dos embargos de divergência.

2. Os acórdãos apontados como paradigma destacaram que os limites do julgamento dos embargos infringentes são definidos pelo teor do voto vencido. Todavia, esses mesmos julgados não se referiram à possibilidade de reconhecimento de matéria de ordem pública, por ocasião da apreciação dos embargos infringentes, o que os diferenciam do aresto embargado.

3. A posição adotada pelo acórdão embargado - consistente na possibilidade de reconhecimento de matéria de ordem pública no julgamento dos embargos infringentes - não destoia da orientação firmada em outros julgados desta Corte Superior. Precedentes: AgRg no AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1258627/PE, 6ª Turma, Rel. Min. MARILZA MAYNARD (Desembargadora Convocada do TJ/SE), DJe de 27/06/2014 e REsp nº 304.629/SP, 4ª Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 16/03/2009.

4. Agravo regimental desprovido.

A controvérsia reside em definir se a ilegitimidade passiva, vista à luz do artigo 135, III, CTN, configura efetiva condição da ação ou, propriamente, questão de mérito.

Embora largamente tratada como questão preliminar, não se cuida, a rigor, de condição da ação, pois o respectivo exame não se define apenas diante da legislação processual civil, senão que, decisivamente, com base no exame do direito material, no caso o artigo 135, III, CTN. É a típica situação em que a tal preliminar confunde-se com o mérito, por ser, de fato, matéria de direito material e não processual, tornando, portanto, inviável o seu julgamento de ofício na via dos embargos infringentes.

A prescrição, prejudicial de mérito, é examinada de ofício em razão de previsão legal expressa, o que não ocorre, porém, com outras questões de mérito ou com questões “preliminares” que se confundem com o próprio mérito, pelo que peço máxima e respeitosa vênua ao relator para divergir da proposição lançada a fim de não conhecer de ofício de tal questão.

Vencido no conhecimento, acompanho o relator no exame de fundo da questão da ilegitimidade passiva.

Também divirjo, com a devida licença, quanto ao tema devolvido pelo recurso, atinente à prescrição do artigo 174, CTN.

A execução fiscal tratou das seguintes inscrições: 80.2.04.040783-44, 80.6.04.060174-90 e 80.7.04.01403-02 (f. 25). Cada qual delas com tributos constituídos por entrega de declarações em datas distintas (f. 196/7). A decisão agravada reputou prescritos os créditos objeto das DCTFs 000100199930028858 e 000100199910104321 (f. 255), entregues em 14/05/1999 e 13/08/1999.

Logo, quanto aos demais créditos, houve rejeição da prescrição, vez que constituídos os tributos por entrega de declarações em duas datas posteriores: 11/11/1999 e 14/02/2000 (f. 196/97), conforme constou da declaração de voto, lançada nos autos (f. 289).

A ação foi ajuizada em 20/10/2004 (f. 25), ainda dentro do prazo de cinco anos contados de 11/11/1999 e 14/02/2000. Antecipada a interrupção da prescrição para a data do “cite-se” - considerada a vigência da LC 118/2005 que deu nova redação ao artigo 174, parágrafo único, I, CTN -, que ocorreu em 13/06/2005 (f. 56), resulta irrelevante aferir se houve demora na citação, porque tal fato apenas poderia ter relevância se a interrupção exigisse a citação, como era na vigência do texto originário.

Nem por isso, porém, deixa de ter aplicação a Súmula 106/STJ, que trata dos efeitos do marco interruptivo da prescrição, ao dispor que:

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 arguição de prescrição ou decadência.

Trata-se de observar, para tanto, a jurisprudência firmada na Corte Superior, acerca da sujeição da prescrição tributária ao regime do artigo 219, CPC/1973:

AGRESP 1.561.351, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJE 10/12/2015: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO. ART. 174 DO CTN. RETROAÇÃO À PROPOSITURA. INVIABILIDADE. SÚMULA 106/STJ. INÉRCIA DO JUDICIÁRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. É dever da parte apontar especificamente em que consiste a omissão, a contradição ou a obscuridade do julgado, não cabendo ao STJ, em sede de recurso especial, investigar tais máculas no acórdão recorrido, se as razões recursais não se incumbem de tal ônus. Incidência da Súmula 284/STF.

2. Nos termos do art. 174 do CTN, prescreve em cinco anos a ação de cobrança do crédito tributário, contados da sua constituição definitiva, somente sendo interrompida a prescrição nos seguintes casos: a) pela citação pessoal feita ao devedor; b) pelo protesto judicial; c) por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; d) por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

3. Com a entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005, o art. 174, parágrafo único, I, do CTN foi modificado para determinar como uma das causas de interrupção da prescrição o despacho que determina a citação.

4. A LC 118/2005 é aplicada imediatamente aos processos em curso, o que tem como consectário lógico que a data da propositura da ação pode ser anterior à sua vigência. Todavia, a data do despacho que ordenar a citação deve ser posterior à entrada em vigor, sob pena de retroação da nova legislação.

5. Para as causas cujo despacho que ordena a citação seja anterior à entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005, aplica-se o art. 174, parágrafo único, I, do CTN, em sua redação

anterior, como no presente caso, de modo que somente a citação válida tem o condão de interromper o prazo prescricional.

6. *A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido ao rito dos recursos repetitivos, consolidou entendimento segundo o qual, mesmo nas Execuções Fiscais, a citação retroage à data da propositura da ação para efeitos de interrupção da prescrição, na forma do art. 219, § 1º, do CPC.*

7. *Da análise do voto condutor do recurso representativo da controvérsia, extrai-se que a interrupção da prescrição só retroage à data da propositura da ação quando a demora na citação é imputada exclusivamente ao Poder Judiciário nos termos da Súmula 106/STJ.*

8. No caso dos autos, conforme se depreende da leitura dos autos, a citação tardia não decorreu dos mecanismos inerentes ao Poder Judiciário. Logo, não há falar em violação do art. 219, § 1º, do CPC. Por fim, também não merece seguimento o presente recurso quanto à alegação de inércia do Poder Judiciário em efetuar a citação do devedor, pois esta análise demanda, necessariamente, o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado ao STJ, em recurso especial, por óbice da Súmula 7/STJ. Entendimento reiterado por esta Corte Superior, inclusive em recurso repetitivo (art. 543 -C do CPC), no julgamento do REsp 1.102.431/RJ, relatoria Min. Luiz Fux. Agravo regimental improvido.

Embora a Súmula 106/STJ e o acórdão no recurso representativo da controvérsia tratem da retroação dos efeitos da citação, o que se explica à luz da antiga redação do artigo 174, parágrafo único, I, CTN, evidente que, à vista das inovações da LC 118/2005, o novo marco interruptivo, que passou a ser a ordem de citação, deve servir de critério na contagem da prescrição.

Logo, a aplicação da Súmula 106/STJ, ajustada à nova redação do artigo 174, parágrafo único, I, CTN, diz com a necessidade de verificar se houve demora do mecanismo judiciário quanto à própria ordem de citação, e não mais em relação à citação em si, que deixou de ser marco interruptivo da prescrição, na vigência da LC 118/2005.

A retroação dos efeitos da interrupção à data da propositura da ação é regra da legislação processual civil aplicável no trato da prescrição tributária, conforme assente na jurisprudência, ao acolher a Súmula 106/STJ no âmbito das execuções fiscais.

Embora no Código de Processo Civil, anterior como atual, esteja a citação válida elencada como causa interruptiva (artigo 219, CPC/1973 e 240, CPC/2015), para efeitos tributários a interrupção passou a ser, nos termos da LC 118/2005, a ordem de citação e, portanto, se o respectivo despacho somente foi proferido depois do prazo quinquenal, mas por culpa exclusiva do mecanismo judiciário, a retroação dos efeitos interruptivos à data da propositura da ação é determinação derivada da lei e da jurisprudência.

Neste aspecto, a partir das premissas assim assentadas, é possível aferir dos autos que, entre a propositura da execução fiscal, em 20/10/2004, e a ordem de citação, em 13/06/2005 (f. 56), a demora, medida em meses, resultou exclusivamente da falta de operacionalidade do mecanismo judiciário, e não de inércia da exequente. De fato, conforme prova a cópia integral e sequencial do feito, a própria conclusão inicial dos autos ao magistrado apenas foi promovida no próprio dia 13/06/2005, a indicar que, até então, a execução fiscal permaneceu paralisada, sem andamento adequado, o que resultou na consumação de prazo superior a cinco anos desde o termo inicial.

Todavia, como assentado, sem responsabilidade causal imputável à própria exequente, não é possível cogitar de prescrição, na forma da Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça, aplicada em adequação ao disposto no artigo 174, parágrafo único, I, CTN, na redação dada pela LC 118/2005, e § 1º do artigo 219, CPC/1973.

Ante o exposto, pedindo máxima vênia ao douto relator, meu voto segue no sentido de dar provimento aos embargos infringentes.

É como declaro o voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO:

Trata-se de embargos infringentes.

Em execução fiscal, a Turma reconheceu, o despacho ordinatório da citação, como causa interruptiva da prescrição.

O voto vencido, com supedâneo na Súmula 106, do STJ, fez retroagir a condição interruptiva à data do ajuizamento da execução fiscal.

É uma síntese do necessário.

Súmula 106, do STJ:

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 arguição de prescrição ou decadência.

Não é o caso de aplicação da súmula.

A execução fiscal foi distribuída em 20 de outubro de 2004 (fls. 21).

O despacho ordinatório da citação da *sociedade empresária* foi publicado em 13 de junho de 2005 (fls. 56).

A sociedade empresária *não* foi citada, através dos Correios.

Em 16 de novembro de 2005 (fls. 59), a União teve vista dos autos.

Devolveu os autos em 30 de março de 2006 (fls. 59).

Em 1º de junho de 2006 (fls. 66), a União apresentou petição inepta: “requer a exequente seja efetivamente apreciado eventual pedido anteriormente formulado”.

No dia seguinte (fls. 87), reiterou a petição inepta.

Quando foi novamente provocada (fls. 102) pelo Juízo, protocolou, em 26 de fevereiro de 2007, petição, com pedido de inclusão dos sócios no polo passivo da execução fiscal.

Em 28 de setembro de 2010 (fls. 169/170), o Juízo aceitou a inclusão de Rafael Marques Rebouças, administrador da sociedade empresária.

O pressuposto de fato da súmula - a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça - não foi atendido.

Nunca houve citação da sociedade empresária.

Chamada a propor providências, em relação a este fato, a União apresentou duas petições ineptas.

Depois, provocada uma terceira vez, apresentou petição equivocada, sob a premissa de que o estabelecimento não foi encontrado, no local apontado nos registros oficiais.

Ocorre que não houve diligência, por oficial de justiça.

O fato era, assim, controverso.

Ainda que se faça a confusão conceitual entre a localização do estabelecimento e a dissolução irregular da sociedade empresária, o fato é que não havia prova sobre o primeiro aspecto.

Portanto, a demora na citação do sócio, considerado só o tardio pedido de inclusão feito em 26 de fevereiro de 2007 - desprezada a circunstância de que deduzido com fundamento jurídico equivocado e, fático, inexistente - não é motivo inerente ao mecanismo da justiça, mas *falta de iniciativa válida da parte*, legitimamente provocada pelo Poder Judiciário.

Em relação à sociedade empresária, até hoje *não* houve citação.

Consumou-se, portanto, a prescrição.

Por estes fundamentos, nego provimento aos embargos infringentes.

É o meu voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO

APELAÇÃO CÍVEL
0034710-46.2013.4.03.9999
(2013.03.99.034710-6)

Apelante: ORLANDA ANTONIA DA SILVA (= ou > de 60 anos)
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE RIO CLARO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Classe do Processo: AC 1908431
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/04/2017

EMENTA

QUESTÃO DE ORDEM. ERRO MATERIAL. JULGAMENTO EQUIVOCADO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO TEMÁTICA NÃO OBSERVADO.

I - O art. 494, I, do novo Código de Processo Civil permite a correção de erro material até mesmo de ofício, e a qualquer momento.

II - Não há vinculação temática entre o que foi decidido pelo colegiado no acórdão de fls. 182/191 e a decisão monocrática que havia negado seguimento à apelação da autora.

III. Trata-se, portanto, de situação em que, rigorosamente falando, o agravo legal não foi apreciado em seu aspecto material, no tocante ao seu teor.

IV - Questão de ordem acolhida para anular o v. acórdão de fls. 182/190, que negou provimento ao agravo legal da parte autora.

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, ACOLHER a questão de ordem e ANULAR o acórdão de fls. 182/190, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de abril de 2017.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Trata-se de ação ajuizada por ORLANDA ANTONIA DA SILVA em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, objetivando a concessão de benefício de prestação continuada a pessoa idosa.

Pela decisão monocrática de fls.157/164, a Exma. Des. Federal Therezinha Cazerta negou seguimento ao apelo da parte autora.

Inconformada, a parte autora apresentou agravo legal (fls. 166/179).

O recurso foi julgado na sessão realizada aos 02/02/2015. Por votação unânime, negou-se provimento ao recurso (fls. 182/191).

Recurso Extraordinário (fls. 193/197) e Recurso Especial (fls. 198/203) da autora, que não foram admitidos (fls. 212/215).

Interpostos agravos regimentais (fls. 217/227).

Os autos retornaram da Vice-Presidência desta Corte com a seguinte decisão (fl. 228):

Vistos, etc.

Aparentemente, não há pertinência entre a fundamentação da decisão monocrática (fls. 157/164) e do voto prolatado no julgamento do agravo interposto na forma do art. 557 do CPC/73 (fls. 182/191), a revelar a ocorrência de erro material, passível de conhecimento a qualquer tempo.

Restituam-se os autos à Turma Julgadora para eventual apreciação da matéria como questão de ordem.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

O art. 494, I, do novo Código de Processo Civil permite a correção de erro material até mesmo de ofício, e a qualquer momento.

É este o caso dos autos, em que não há vinculação temática entre o que foi decidido pelo colegiado no acórdão de fls. 182/191 e a decisão monocrática que havia negado seguimento à apelação da autora (fls. 157/164).

Isto porque, por meio da referida decisão monocrática, entendeu a Exma. Des. Fed. Thezinha Cazerta que a autora não fazia jus ao benefício de prestação continuada por não preencher o requisito legal de miserabilidade, a despeito de ser pessoa idosa. Entretanto, no referido acórdão, negou-se provimento ao agravo legal da autora sob a seguinte justificativa, que não guarda pertinência com o caso dos autos:

Conforme acima consignado, a constatação, pela perícia médica, da ausência de incapacidade representa óbice à concessão do benefício, o que torna inócua a elaboração de estudo social, uma vez que o deferimento do benefício assistencial depende da reunião dos dois requisitos previstos em lei.

Trata-se, portanto, de situação em que, rigorosamente falando, o agravo legal não foi apreciado em seu aspecto material, no tocante ao seu teor.

Diante do exposto, com fundamento no princípio da vinculação temática, *anulo o v. acórdão de fls. 182/190, que negou provimento ao agravo legal da parte autora.*

Após, retornem os autos conclusos para que seja apreciado o agravo legal interposto pela autora (fls. 166/180).

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO**0025417-08.2015.4.03.0000****(2015.03.00.025417-5)**

Agravante: NEWTON BRASIL LEITE

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 85/87

Agravante: NEWTON BRASIL LEITE

Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE CAMPINAS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA

Classe do Processo: AI 570014

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/04/2017

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. PRESUNÇÃO RELATIVA. AFERIÇÃO DA CAPACIDADE ECONÔMICA DO REQUERENTE COM BASE NOS ELEMENTOS EXISTENTES NOS AUTOS. POSSIBILIDADE. INDEFERIMENTO DA GRATUIDADE.

I - De acordo com o entendimento pacífico do C. Superior Tribunal de Justiça e deste E. Tribunal, a afirmação da parte, no sentido de não estar em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado - sem prejuízo próprio ou de sua família -, faz presunção relativa de insuficiência de recursos.

II - Por se tratar de presunção relativa - e não absoluta -, existindo nos autos elementos que indiquem que o requerente tem condições de suportar os custos do processo, poderá o julgador afastar a presunção de insuficiência econômica criada pela declaração de pobreza.

III - Considerando-se que os elementos existentes nos autos demonstram que o agravante exerce atividade profissional e integra sociedade de advogados, possuindo, desta forma, fonte própria de rendimentos capaz de garantir os recursos necessários para que venha a suportar as despesas do processo sem prejuízo do seu sustento, deve ser mantida a decisão impugnada.

IV - Agravo Regimental improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 03 de abril de 2017.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Trata-se de agravo regimental manejado pelo advogado Newton Brasil Leite, em 12/01/2016, contra a decisão de fls. 85/87 por mim proferida, que indeferiu o pedido de assistência judiciária gratuita formulado nos autos do presente agravo de instrumento, por ele interposto para impugnar decisão do MM. Juiz Federal da 4ª Vara de Campinas, a fls. 808 dos autos do processo nº 0605909-51.1992.4.03.6105 (fls. 81).

Abaixo, o inteiro teor da decisão ora agravada, *in verbis*:

I - Retifique-se a autuação para que conste como advogada da “Parte Autora” Lilia Gonçalves Amaral, a Dra. Neuza Aparecida Ferreira (fls. 49). Certifique-se.

II - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Newton Brasil Leite contra a R. decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 4ª Vara de Campinas/SP a fls. 808 dos autos do processo nº 0605909-51.1992.4.03.6105 (fls. 81).

Requer o deferimento dos benefícios da assistência judiciária gratuita, alegando não possuir recursos para saldar as “custas e demais despesas processuais sem se ver prejudicado em sua manutenção e da respectiva família” (fls. 2).

Relativamente à concessão dos benefícios previstos na Lei nº 1.060/50 - a permitir o acesso de todos ao Judiciário, em atenção ao contido no art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição Federal -, entendo que a afirmação da parte, no sentido de não estar em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado - sem prejuízo próprio ou de sua família -, faz presunção relativa da insuficiência de recursos.

Nesse sentido, cito jurisprudência do C. STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PRESUNÇÃO RELATIVA. SÚMULA 07/STJ.

1. O entendimento do STJ é no sentido de que a declaração de pobreza, com o intuito de obter os benefícios da justiça gratuita, goza de presunção relativa admitindo prova em contrário.

2. Se o tribunal de origem, com base na análise do acervo fático-probatório dos autos, entendeu que o autor poderia arcar com as custas processuais, infirmar tal entendimento ensejaria o reexame de provas, procedimento defeso, em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 07/STJ.

3. Recurso especial não conhecido.”

(REsp nº 2010.00.56127-3, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. 6/5/10, v.u., DJ-e 17/5/10, grifos meus)

Logo, por se tratar de presunção relativa - e não absoluta -, existindo nos autos elementos que indiquem que o requerente da gratuidade tem condições de suportar os custos do processo, poderá o julgador afastar a presunção de insuficiência econômica criada pela declaração de pobreza. Neste sentido, reproduzo os seguintes precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. PRESUNÇÃO RELATIVA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. (...)

1. A presunção de pobreza, para fins de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, ostenta caráter relativo, podendo o magistrado indeferir o pedido de assistência se encontrar elementos que infirmem a hipossuficiência do requerente. (...)

2. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no REsp nº 1.000.055, Quarta Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, v.u., j. 14/10/14, DJe 29/10/14, grifos meus)

“Disciplinando a matéria, a Lei 1.060/50, recepcionada pela nova ordem constitucional, em seu art. 1º, *caput* e § 1º, prevê que o referido benefício pode ser pleiteado a qualquer tempo,

sendo suficiente para sua obtenção que a pessoa física afirme não ter condição de arcar com as despesas do Processo (...)

O dispositivo legal em apreço traz a presunção *juris tantum* de que a pessoa física que pleiteia o benefício não possui condições de arcar com as despesas do processo sem comprometer seu próprio sustento ou de sua família. Por isso, a princípio, basta o simples requerimento, sem nenhuma comprovação prévia, para que lhe seja concedida a assistência judiciária gratuita. Contudo, tal presunção é relativa, podendo a parte contrária demonstrar a inexistência do estado de miserabilidade ou o magistrado indeferir o pedido de assistência se encontrar elementos que infirmem a hipossuficiência da requerente. Com efeito, a jurisprudência firmada no âmbito desta eg. Corte de Justiça delinea que o benefício da assistência judiciária pode ser indeferido quando o magistrado se convencer, com base nos elementos acostados aos autos, de que não se trata de hipótese de miserabilidade jurídica.”

(AgRg no AREsp nº 486.303, Quarta Turma, Rel. Min. Raul Araújo, v.u., j. 08/04/14, DJe 13/05/14, grifos meus)

In casu, o agravante exerce a profissão de advogado, pertencendo a sociedade de advogados responsável pela condução de diversos processos em curso e com localização privilegiada (endereço indicado a fls. 6). Diante deste contexto, inviável o deferimento do pedido de gratuidade. Sobre o tema, destaco precedente deste E. Tribunal:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. AUSÊNCIA DE ATUAL COMPROVAÇÃO HIPOSSUFICIÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO *IN CASU*. RECURSO IMPROVIDO.

1. Dispõe o artigo 4º da Lei 1.060/50 que ‘a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou da família’.

2. No caso dos autos o pedido de gratuidade foi negado com a necessária fundamentação na medida em que a declaração de imposto de renda de mais de três anos atrás não se presta para comprovar a atual situação econômico-financeira do agravante.

3. À míngua da evidência do estado de necessidade econômica do autor, que exerce a profissão de advogado, não há espaço para o benefício.

4. As decisões carreadas posteriormente aos autos não possuem o condão de modificar o entendimento esposado no presente feito, o qual considerou a singularidade do caso, conforme acima exposto.

5. Recurso improvido.”

(AI nº 0002596-44.2014.4.03.0000, Sexta Turma, Rel. Des. Fed. Johanson de Salvo, v.u., j. 03/07/14, DJe 15/07/14, grifos meus)

Isto posto, indefiro o pedido de assistência judiciária gratuita. Intime-se o agravante para que, no prazo de 5 (cinco) dias, cumpra o art. 525, § 1º, do CPC, sob pena de não conhecimento do recurso.

Aduz que, por ser advogado, houve presunção de que o mesmo não é hipossuficiente, condição que teria sido comprovada por documentos juntados aos autos. Alega que, apesar de ser mandatário, “milita pelo que se conhece como *quota litis*” (fls. 89), apenas recebendo honorários ao fim da causa. Sustenta que sua miserabilidade foi comprovada por meio das declarações de imposto de renda juntadas aos autos e que também ostenta a condição de idoso. Assevera que, por não dispor de meios para pagar as despesas, “ficará impedido de exercer seu direito à jurisdição” (fls. 91).

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Cuida-se de recurso interposto contra decisão que indeferiu o pedido de assistência judiciária gratuita ao advogado agravante, assinalando-lhe o prazo de cinco dias para que desse cumprimento ao art. 525, § 1º, do CPC/73, vigente à época, sob pena de não conhecimento do recurso.

Razão não lhe assiste.

Como tratado no *decisum* impugnado, os elementos existentes nos autos demonstram que o recorrente exerce atividade profissional e integra sociedade de advogados, possuindo, desta forma, fonte própria de rendimentos capaz de garantir os recursos necessários para que venha a suportar os custos do processo sem prejuízo ao seu sustento. Logo, incabível a alegação de que houve julgamento “por presunção”.

Observo, outrossim, que a apresentação de declaração de imposto de renda não constitui prova cabal de hipossuficiência, tratando-se de documento que deve ser analisado em conjunto com outros elementos presentes nos autos, com o objetivo de verificar se há ou não o direito à gratuidade.

Ademais, a solução adotada na decisão impugnada encontra-se em conformidade com a orientação fixada pela jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual pode o magistrado indeferir o requerimento de gratuidade se existirem nos autos elementos que demonstrem ter o postulante meios de arcar com as despesas do processo:

PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. SITUAÇÃO ECONÔMICA VERIFICADA NA ORIGEM. REVISÃO. EXAME DE MATÉRIA DE FATO. SÚMULAS 7 E 83 DO STJ.

1. O Tribunal a quo, procedendo com amparo nos elementos de convicção dos autos, decidiu que o recorrente possui meios de prover as custas do processo.

2. Aferir a condição de hipossuficiência do recorrente para fins de aplicação da Lei Federal 1.060/50 demanda o reexame de todo o contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a este Tribunal, em razão do óbice da Súmula 7/STJ.

3. A Corte Especial já pacificou jurisprudência no sentido de que o julgador pode indeferir o benefício da assistência judiciária gratuita, diante das evidências constantes no processo. Incidência da Súmula 83/STJ.

4. Demais disso, a jurisprudência firmou entendimento no sentido de que a simples declaração de pobreza, firmada pelo requerente do pedido de assistência judiciária gratuita, é relativa, devendo ser comprovada pela parte a real necessidade de concessão do benefício.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp nº 769.514/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, v.u., j. 15/12/15, DJe 02/02/16, grifos meus)

Processual civil. Assistência judiciária. Cirurgião-dentista.

I. - A profissão de quem requer o benefício da assistência judiciária pode ser um indício de que possui ele condições de pagar as custas do processo sem prejuízo próprio ou de sua família. A presunção, contudo, pode ser ilidida pela demonstração de insuficiência. Inocorrência, *in casu*.

II. - Recurso especial não conhecido.

(REsp nº 36.730/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, v.u., j. 20/11/03, DJ 15/12/03, grifos meus)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo, ficando mantida a determinação para que seja cumprido o disposto no art. 525, § 1º, CPC/73, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de não conhecimento do agravo de instrumento.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA**0005211-36.2016.4.03.0000****(2016.03.00.005211-0)**

Suscitante: CAMBRAS - CÂMARA DE ARBITRAGEM, MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO BRASILEIRA LTDA.

Suscitados: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP E JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Parte Autora: CAMBRAS - CÂMARA DE ARBITRAGEM, MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO BRASILEIRA LTDA.

Partes Rés: UNIÃO FEDERAL E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA

Classe do Processo: CC 20448

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/03/2017

DECISÃO

Conflito negativo de competência suscitado pela parte autora nos autos de demanda proposta sob o procedimento ordinário contra a União Federal e Caixa Econômica Federal, objetivando sejam determinados às rés o reconhecimento e cumprimento das sentenças prolatadas por seus árbitros e, conseqüentemente, providenciada “a liberação do Fundo de Garantia por tempo de Serviço e do Seguro-Desemprego, em caso de demissão sem justa causa” (fls. 15 e 41).

O declínio da competência pelo Juízo Federal da 1ª Vara Cível de São Paulo deu-se nestes termos (fl. 71):

A matéria discutida tem natureza previdenciária, uma vez que a função das rés no presente caso é a liberação e coordenação do benefício do seguro desemprego. Declaro, portanto, a incompetência deste Juízo Cível para processar e julgar o presente feito, já que cabe o Juízo Especializado Previdenciário a competência absoluta, em razão da matéria, para o processamento e julgamento da matéria relativa a benefícios daquela natureza, conforme entendimento já sedimentado pelo E. Tribunal Federal da 3ª Região (AI 2011.03.00.007623-1, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, DJF3, 08/06/2011).

Int.

São Paulo 19 de outubro de 2015.

Redirecionada a demanda ao juízo da 7ª Vara Federal Previdenciária desta capital, sobreveio o *decisum* abaixo transcrito (fl. 76):

Vistos, em inspeção.

Ciência à parte autora acerca da redistribuição do presente feito a esta 7ª Vara Federal Previdenciária.

Considerando que esta Vara Especializada não detêm competência para julgamento da matéria referente ao reconhecimento da sentença arbitral para fins de movimentação de conta vinculada junto ao FGTS (TRF5, APELREEX 200781000086401, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MOREIRA ALVES, DJE: 17/05/2012) promova a parte autora a emenda da inicial, retificando o polo passivo, bem como o pedido formulado, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito.

Após, tornem os autos conclusos para deliberações.

Intime-se.

São Paulo, 18 de fevereiro de 2016.

Distribuído perante a 2ª Seção o presente conflito, proferiu-se despacho à fl. 81, *in verbis*:

Nos termos em que dispõe o art. 955 do Código de Processo Civil, designo o Juízo Federal da 7ª Vara Previdenciária para resolver, em caráter provisório, eventuais medidas urgentes.

Oficie-se aos Juízos em conflito para que prestem informações no prazo de dez dias, conforme disposto no art. 954 do Código de Processo Civil.

Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal, nos termos do art. 956 do referido diploma legal e art. 60, X, do Regimento Interno deste Tribunal.

São Paulo, 30 de março de 2016.

MÔNICA NOBRE

Desembargadora Federal

Informações prestadas apenas pelo Juízo Federal da 7ª Vara Previdenciária de São Paulo, ratificando seu posicionamento (fls. 84/85).

Não se manifestou, o Juízo Federal da 1ª Vara Cível de São Paulo (fl. 88).

Parecer da Procuradoria-Regional da República (fls. 89/91) no sentido de que o processo de onde originado o dissídio “não debate direitos de incapazes, individuais indisponíveis ou interesses difusos e coletivos. Não há nulidades absolutas a serem sanadas. A questão controvertida não impõe posicionamento do Ministério Público” (fl. 91).

Decisão da Desembargadora Federal Mônica Nobre, de seguinte conteúdo (fls. 93/95):

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado por CAMBRÁS - Câmara de Arbitragem, Mediação e Conciliação Brasileira Ltda. em face do Juízo Federal da 7ª Vara Previdenciária de São Paulo, nos autos do processo nº 2016.03.00.005211-0.

Pretende a ora suscitante, em ação proposta em face da Caixa Econômica Federal e da União Federal, o cumprimento de sentença arbitral para o fim de liberação de FGTS e ingresso de pedido de Seguro-Desemprego em homologação de rescisão de contrato de trabalho com demissão sem justa causa.

O Órgão Especial desta E. Corte, nos autos do Conflito de Competência nº 2011.03.005290-1, proferiu decisão no sentido de que compete às Turmas da Seção Previdenciária o julgamento de questões que envolvam a validade de sentença arbitral visando ao ingresso de pedido de Seguro-Desemprego.

Transcrevo, por oportuno, a ementa do referido julgado:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. JUÍZO ARBITRAL. RESCISÃO TRABALHISTA. COORDENADOR GERAL DO SEGURO DESEMPREGO, ABONO SALARIAL E IDENTIFICAÇÃO PROFISSIONAL DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. DISCUSSÃO DA VALIDADE DE DECISÃO ARBITRAL PARA PERMITIR INGRESSO DE PEDIDO DE SEGURO-DESEMPREGO. JUÍZO CÍVEL OU PREVIDENCIÁRIO. ESPECIALIDADE DA MATÉRIA. CONFLITO IMPROCEDENTE.

1. Caso em que se discute qual o Juízo competente, Cível ou Previdenciário, para processar e julgar mandado de segurança, impetrado por advogada, invocando condição de árbitra na forma da Lei 9.307/1996, para compelir o Coordenador Geral do Seguro Desemprego, do Abono Salarial e Identificação Profissional do Ministério do Trabalho e Emprego a cumprir decisões arbitrais, relativamente a contratos de trabalho rescindidos sem justa causa, para fins de processamento de pedidos de seguro-desemprego feitos por tais empregados.

2. O conflito negativo decorreu do entendimento do suscitado de que se trataria de discussão de matéria previdenciária, referente a seguro-desemprego, de competência do Juízo Previden-

ciário, sendo que o suscitante, em sentido contrário, defendeu que o mandado de segurança não postula pagamento de seguro-desemprego, mas apenas cumprimento de sentença arbitral em rescisões trabalhistas, o que seria de competência do Juízo Cível.

3. O conflito envolve especificidades, que devem ser consideradas para a definição da competência. Assim, primeiramente em função da qualidade da autoridade impetrada, que foi assim designada no mandado de segurança, por sua condição funcional específica de coordenador do seguro-desemprego, benefício previdenciário nos termos da lei e jurisprudência; e, ainda, considerando a natureza da discussão jurídica versada, que se refere à validade de decisão arbitral, não em toda e qualquer situação, mas, em particular, para fins de benefício de natureza previdenciária; o que se aponta, pela inteligência das regras definidores de competência em mandado de segurança e pela orientação dos precedentes desta própria Corte, é que cabe ao Juízo Previdenciário processar e julgar a impetração, dada a especialidade de que se reveste a causa deduzida.

4. Com efeito, no âmbito desta Corte, a discussão, envolvendo a validade de sentença arbitral para fins de seguro-desemprego, tem sido apreciada pelas Turmas da Seção Previdenciária, conforme revelam diversos julgados, entre os quais: AI 2011.03.00.007623-1, Rel. Des. Fed. WALTER DO AMARAL, DJF3 15/06/2011; AMS 2010.61.00.005427-1, Rel. Des. Fed. SÉRGIO NASCIMENTO, DJF3 08/06/2011; e AI 2010.03.00.008426-0, Rel. Des. Fed. DIVA MALLERBI, DJ3 12/08/2010.

5. Conflito negativo de competência julgado improcedente”.

(TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 12749 - 0005290-88.2011.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 13/07/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 22/07/2011 PÁGINA: 51)

Ante o exposto, tendo em vista a especialidade da matéria, determino a redistribuição do feito a uma das Turmas da 3ª Seção desta E. Corte.

São Paulo, 10 de agosto de 2016.

Redistribuído o conflito de competência no âmbito da 3ª Seção do Tribunal, sucedeu-se a prolação do *decisum* ora reproduzido (fl. 96):

Trata-se de conflito de competência suscitado em ação conhecimento proposta em face da Caixa Econômica Federal e União Federal (Ministério do Trabalho e Emprego), em que se pleiteia a determinação para que as rés reconheçam a validade de sentença arbitral para fins de liberação do FGTS e do seguro-desemprego.

A matéria está afeta a mais de uma Seção especializada, razão por que a controvérsia deve ser dirimida pelo Órgão Especial, a teor do que dispõe o Art. 11, II, parágrafo único, alínea i, do Regimento Interno desta Corte.

Ante o exposto, redistribuam-se os autos ao E. Órgão Especial.

São Paulo, 05 de outubro de 2016.

BAPTISTA PEREIRA

Desembargador Federal

Resdistribuição automática a esta relatoria em 10.10.2016 (fl. 97, verso).

Segue decisão.

A hipótese dos autos não admite discussão sobre a matéria competencial nos moldes em que provocado o conflito, à vista da constatação de carecer o feito subjacente de pronunciamento expresso do juízo da 7ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo, a que determinada a remessa dos autos pelo juízo da 1ª Vara Federal Cível também desta capital, capaz de autorizar a instauração do dissídio.

Consoante o ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 3ª edição, Malheiros, p. 446), “em qualquer hipótese, o conflito de competência só se considera existente a partir de quando dois ou mais juízes hajam lançado nos autos determinações assim divergentes - inexistindo enquanto nenhuma explícita divergência tiver ocorrido. A mera potencialidade de um conflito entre juízes não é tratada pelo direito positivo como conflito de competência”.

Na mesma esteira, Nelson Nery Júnior (*Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, 11ª edição, Saraiva, p. 393): “se o juízo para quem foi endereçada a causa se der por incompetente e remetê-la para o que julgar ser o competente, não existirá, ainda, o conflito se este também se der por incompetente e remeter os autos a um terceiro juízo. O conflito negativo só se caracteriza quando um deles se der por incompetente e afirmar a competência de um dos juízos que já se declarara incompetente”.

Por fim, recobrando a anotação na obra de Theotonio Negrão, “até que todos os órgãos jurisdicionais cogitados como competentes se manifestem conclusivamente a respeito, não há cogitar de conflito negativo de competência” (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. Saraiva, 44ª edição, p. 248).

Do que interessa reforçar, em especial no tocante ao reconhecimento da inconsistência deste conflito, a declinação da competência perante o juízo federal cível, a quem endereçada inicialmente a demanda subjacente, operou-se em razão da existência de pretensão de “liberação e coordenação do benefício do seguro desemprego” naquela petição inicial, reconhecendo-se, em consequência, “a competência absoluta, em razão da matéria”, do juízo federal previdenciário para processamento e julgamento de pedido de seguro-desemprego (fl. 71).

Importante considerar que o Juízo Federal da 7ª Vara Previdenciária, a quem foi redistribuída a ação, não se insurgiu quanto à natureza do benefício de seguro-desemprego, por acolher sua natureza previdenciária.

Entretanto, considerando que aquela Vara Especializada não detinha “competência para julgamento da matéria referente ao reconhecimento da sentença arbitral para fins de movimentação de conta vinculada junto ao FGTS”, determinou que a parte autora promovesse “a emenda da inicial, retificando o polo passivo, bem como o pedido formulado, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito”.

Assim, o aludido redirecionamento da causa, bem como a determinação para emenda à inicial, não implica admitir sequer a ocorrência de manifestações divergentes entre os juízos em questão, não a ponto de restar caracterizado conflito negativo a ser resolvido no âmbito desta Corte.

Isso porque insuficiente à sua configuração, diversamente do que quer fazer crer a ora insurgente, o simples fato de existirem dois juízos federais na mesma Subseção Judiciária da Capital - um que se declarou incompetente em razão da existência de pretensão previdenciária entre os objetos da demanda (fl. 71); e outro que determinou a emenda da inicial, a fim de excluir a pretensão de natureza não previdenciária da inicial (FGTS), sob pena de extinção do processo sem julgamento de mérito (fl. 76) -, exigindo-se a tanto, parafraseando os ensinamentos doutrinários citados, que determinado juízo se dê por incompetente ao tempo em que afirma a competência do outro juízo que já declarara igualmente não detê-la. Essa circunstância aqui não está configurada, porque o Juízo Federal previdenciário não refutou a competência quanto ao pedido relacionado ao seguro-desemprego.

Consoante admitido na própria exordial do presente conflito - “Cabe aqui ao requerente

esclarecer que anteriormente requereu a homologação da desistência em face do processo nº 0006658-29.2015.403.6100, haja vista o mesmo Julgador declinar da incompetência, redistribuindo o feito para a 7ª Vara Previdenciária desta Subseção” (fl. 03) -, a parte autora insiste expressamente em demandar contra ambos os requeridos a fim de alcançar ao mesmo tempo “que a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL e UNIÃO FEDERAL (Ministério do Trabalho e Emprego) reconheçam e cumpram as sentenças prolatadas pelos árbitros da CAMBRAS - CÂMARA DE ARBITRAGEM, MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO BRASILEIRA LTDA, providenciando a liberação do Fundo de Garantia por tempo de Serviço e do Seguro-Desemprego, em caso de demissão sem julga causa” (fls. 14/15), em que pese o deslinde conferido à demanda anterior.

Confira-se, a propósito, o desfecho dado ao feito registrado sob nº 0006658-29.2015.4.03.6100:

Vistos, em sentença.

I - RELATÓRIO Trata-se de demanda ajuizada por CAMBRAS - CÂMARA DE ARBITRAGEM, MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO BRASILEIRA LTDA., em face de CAIXA ECONÔMICA FEDERAL e UNIÃO FEDERAL na qual postula a requerente sejam as requeridas obrigadas a reconhecer e dar cumprimento às sentenças prolatadas pelos seus árbitros, liberando o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e do Seguro Desemprego. Com a inicial, juntou documentos (fls. 23/46).

O processo foi distribuído à 1ª Vara Federal, que determinou sua redistribuição ao Juízo Especializado Previdenciário (fl. 50). Recebidos os autos nesta 7ª Vara Previdenciária, foi a parte autora intimada a emendar a petição inicial, para retificar o polo passivo e o pedido formulado (fls. 53).

Consoante petição anexada às fls. 54/55, a parte autora formulou requerimento de desistência, providenciando procuração com poderes específicos para tanto (fls. 57/58).

Vieram os autos à conclusão.

É a síntese do processado.

Passo a decidir.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Tendo em vista que a requerente demonstrou seu desinteresse no prosseguimento do feito, impõe-se a homologação do pedido e a extinção da ação sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VIII do Código de Processo Civil.

III - DISPOSITIVO

Com essas considerações, HOMOLOGO o pedido de desistência formulado à fl. 54/55, e DECLARO EXTINTO o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, inciso VIII, Código de Processo Civil. Custas processuais pela autora. Sem condenação em honorários advocatícios de sucumbência pois não houve citação. Oportunamente, arquivem-se os autos observadas as formalidades legais.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Nesse ínterim, como poderia o Tribunal definir como competente um dos juízos sob sua jurisdição, mesmo que eventualmente atreladas as questões na mesma demanda pela autora, como ocorre no caso destes autos (juntamente com o pedido de liberação do seguro-desemprego, de natureza previdenciária, pleiteia-se também a liberação do fundo de garantia por tempo de serviço, de natureza não previdenciária), ante a prevalência do comando expressamente disposto no Código de Processo Civil (“Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. § 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação que: (...) II - *seja competente para conhecer deles o mesmo juízo*”), a resultar que a competência do Juízo Federal previdenciário não alcançaria o

pedido relativo à liberação do FGTS, bem como o Juízo Federal comum também não possuiria competência para processar e julgar a pretensão de seguro-desemprego, de um ou de outro modo tornando inócua a discussão aqui delineada?

Assim, a cumulação de demandas só seria permitida, nos termos do artigo 327 do Código de Processo Civil, desde que houvesse compatibilidade entre os pedidos, que o mesmo juízo fosse competente para deles conhecer e que o procedimento a ser adotado fosse comum a todos os pedidos, situação que não ocorreu, em razão da ausência de competência dos juízos federais envolvidos em relação à natureza jurídica de um dos pleitos formulados.

Mesmo considerando os argumentos lançados pela ora suscitante, carece ela de qualquer razão que pudesse levar à procedência da insurgência apresentada, encerrando-se o inconformismo no reconhecimento da impossibilidade de cumulação das demandas no feito subjacente e, conseqüentemente, no não conhecimento do conflito de competência, em face da ausência de negativa de competência do Juízo Federal previdenciário.

Fosse o caso de discutir eventual desacerto na decisão proferida pelo juízo da 7ª Vara Federal Previdenciária, cumpriria à parte interessada, inclusive para fins de preservação de possível direito em vias de periclitamento, ter lançado mão do recurso devido em busca da reversão do encaminhamento adotado, não se apresentando a suscitação do conflito de competência como remédio adequado para a situação em tela, ao menos do que se tem para o momento e na forma conforme proposto.

Na linha do exposto, *in verbis*:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO PELA PARTE - DECLINAÇÃO SUA COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL PARA A JUSTIÇA FEDERAL - AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO JUÍZO FEDERAL - HIPÓTESE NÃO ABARCADA PELO ARTIGO 115 DO CPC - INEXISTÊNCIA DE CONFLITO - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DEVERIA SER ATACADA VIA AGRAVO PERANTE O TRIBUNAL DE 2º GRAU - NÃO-CONHECIMENTO.

I. O conflito de competência, positivo ou negativo, depende da manifestação de dois ou mais juízos, declarando-se competentes ou incompetentes para funcionarem no feito. Inteligência do artigo 115 do CPC.

II. Decisões interlocutórias proferidas pelo Juízo de 1º Grau devem ser atacadas via agravo perante o Tribunal competente.

III. Não conheceram do conflito.

(STJ, 3ª Seção, Conflito de Competência 89.465/MG, rel. Desembargadora Federal Convocada Jane Silva, DJ de 18.10.2007)

Assim, na forma da fundamentação *supra*, não conheço do presente conflito.

Comuniquem-se os juízos federais envolvidos.

Intimem-se a parte suscitante e demais protagonistas na demanda originária.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2017.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0006443-83.2016.4.03.0000

(2016.03.00.006443-3)

Agravante: R E R CONFECÇÕES EIRELI-EPP
Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE OURINHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: AI 579493
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/10/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRODUÇÃO DE PROVA. PERÍCIA CONTÁBIL. DESNECESSIDADE.

I - O indeferimento de realização de prova pericial, não configura, por si só, cerceamento do direito de defesa, nem tampouco violação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, mormente havendo nos autos acervo documental, suficiente para o julgamento da demanda.

II- A necessidade da produção de provas se justifica sempre que exista um fato que escape do conhecimento do julgador e cuja aferição dependa de conhecimento especial, seja testemunhal, técnico ou científico. Assim, cabe ao juiz, a quem compete a direção do processo, decidir sobre a conveniência ou não da mesma, eis que é o destinatário da prova.

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, 18 de outubro de 2016.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto por R & R CONFECÇÕES EIRELI-EPP, contra decisão proferida pelo MM. Juízo Federal da 1ª Vara de Ourinhos/SP, nos autos nº 0001226-51.2015.403.6125, que indeferiu o pedido de prova pericial contábil (fls. 102).

Sustenta o agravante, em síntese, a nulidade da decisão, ante ao cerceamento de defesa, pela necessidade de produção de prova pericial nos autos.

Às fls. 109/110 foi indeferido o pedido de efeito suspensivo ao recurso.

Com contraminuta (fls. 113/116).

É o relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

De início, ressalta-se que o indeferimento de realização de prova pericial, não configura, por si só, cerceamento do direito de defesa, nem tampouco violação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, mormente havendo nos autos acervo documental, suficiente para o julgamento da demanda.

A questão do deferimento de uma determinada prova depende de avaliação do magistrado do quadro probatório existente, da necessidade dessa prova, prevendo o art. 130 do Código de Processo Civil de 1973 a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis e protelatórias.

Por seu turno, justifica-se a necessidade da produção de provas sempre que exista um fato que escape do conhecimento do julgador e cuja aferição dependa de conhecimento especial, seja testemunhal, técnico ou científico.

Assim, cabe ao juiz, a quem compete a direção do processo, decidir sobre a conveniência ou não da mesma, eis que é o destinatário da prova.

No caso em tela, há que se considerar que a prova pericial requerida não se demonstra necessária para o deslinde da causa.

Ademais, a valoração que se dará às provas a serem produzidas, depende do livre convencimento motivado, não estando este Juízo adstrito ao laudo pericial a ser produzido (art. 436, do CPC/73).

Nesse sentido, precedentes desta E. Corte:

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO MONOCRÁTICA - HIPÓTESE DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 557 DO CPC - AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL CAPAZ DE INFLUIR NA DECISÃO PROFERIDA - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - PROVA PERICIAL - INDEFERIMENTO.

1. Nas hipóteses de pedido inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência dominante da respectiva Corte ou de Tribunal Superior, o Relator está autorizado a, por meio de decisão singular, enfrentar o mérito recursal e dar provimento ou negar seguimento aos recursos que lhe são distribuídos (artigo 557 do CPC).

2. Decisão monocrática consistente no provimento parcial ao agravo de instrumento interposto contra decisão que, em embargos à execução fiscal, indeferiu o pedido de produção de prova pericial.

3. O art. 125, II, do CPC atribui ao Juiz a responsabilidade de “velar pela rápida solução do litígio” e o art. 130, em consonância com isso, atribui-lhe a competência para “determinar as provas necessárias para a instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

4. No presente caso, o Juízo *a quo*, no uso de seu poder-dever de condução do processo e considerando a presunção de certeza e liquidez da CDA, entendeu por bem indeferir o pedido de produção de prova pericial, ao fundamento de que a questão envolvendo o lançamento tributário depende apenas de aplicação das normas tributárias, não tendo a agravante demonstrado a presença dos requisitos legais aptos à suspensão da decisão recorrida.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI 0027453-57.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, julgado em 14/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 22/05/2015)

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRODUÇÃO DE PROVO. PERÍCIA CONTÁBIL. DESNECESSIDADE.

1. O magistrado considerou que instada a se manifestar sobre a realização de novas provas, a embargante solicitou a produção de prova testemunhal e pericial, alegando que deve ser analisada a complexidade dos cálculos e dos valores, como a matéria administrativa que rege a matéria relacionada, mas, contudo, deixou de apontar, objetivamente, quais seriam os supostos vícios que implicariam em excesso de execução, ônus que lhe incumbia.
2. Não restou demonstrada a necessidade da produção da perícia contábil; além disso, a agravante sequer colacionou a estes autos a cópia de referido acórdão, bem como os cálculos de atualização efetuados, razão pela qual deve ser mantida a r. decisão agravada.
3. O Código de Processo Civil consagra o Juiz como condutor do processo, cabendo a ele analisar a necessidade da dilação probatória requerida, conforme os arts. 125, 130 e 131. Desta forma, o magistrado, considerando a matéria deduzida, pode indeferir a realização da prova, não caracterizando cerceamento de defesa nem ofensa aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.
4. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.
5. Agravo legal improvido.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI 0013498-56.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 12/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 25/02/2015)

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL.

1. O artigo 125 do Código de Processo Civil estabelece que ao juiz compete a suprema condução do processo. Dessa forma, em análise às questões trazidas aos autos e considerando o quadro probatório existente, poderá o magistrado, a fim de formar a sua convicção, entender pela necessidade ou não da realização de prova pericial contábil (arts. 130 e 131, CPC).
2. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.
3. Agravo legal improvido.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI 0004703-61.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 22/05/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 30/05/2014)

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO**0019607-18.2016.4.03.0000****(2016.03.00.019607-6)**

Agravante: UNIÃO FEDERAL

Agravado: FERNANDO HENRIQUE DOS SANTOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI

Classe do Processo: AI 590298

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/04/2017

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL. APLICAÇÃO DE MULTA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA (*ASTREINTES*). POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de ser cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de *astreintes* como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer. Precedentes.
2. Ante a informação de que a União Federal foi intimada em 04.05.2016 para fornecer o medicamento e até o dia 26.08.2016 ainda não tinha cumprido a ordem judicial, o MM. Juízo *a quo* fixou o valor da multa diária de R\$ 1.000,00.
3. Cabível a aplicação da multa de R\$ 1.000,00, a fim de assegurar o cumprimento da obrigação dentro do prazo estipulado, face à predominância do valor jurídico “saúde” e “vida”, a tornar urgente e imperiosa a satisfação imediata da necessidade do tratamento essencial ao agravado.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 06 de abril de 2017.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIAO FEDERAL contra decisão que, em ação ordinária, considerando que a ré foi intimada em 04/05/2016 para fornecer o medicamento Firazyr ao autor e que até o presente momento não cumpriu a ordem, determinou a intimação da União para cumprir imediatamente a determinação proferida no agravo de

instrumento nº 0003691-41.2016.4.03.0000, sob pena de multa diária fixada em R\$ 1.000,00 (um mil reais), com fluência limitada a 30 dias, a ser revertida em favor da parte autora.

Sustenta o agravante, em síntese, que o MM. Juízo *a quo* fixou multa diária em face do descumprimento da r. decisão de antecipação de tutela proferida pelo TRF em sede de agravo de instrumento. Aduz que se trata de tutela antecipada em face de medicamento de alto custo que não consta da lista do RENAME, havendo alternativa fornecida gratuitamente a toda população pelo SUS, e ainda não houve perícia médica nos autos de origem. Afirma ser desarrazoada e desproporcional a multa, podendo causar prejuízos dos recursos públicos e enriquecimento da outra parte. Alega ser razoável a fixação de multa diária em valor não superior a R\$ 100,00 por dia de atraso. Informa que o SUS possui cobertura para o tratamento do autor, através do medicamento DANAZOL, o que afasta qualquer prejuízo a sua vida ou saúde, e ao mesmo tempo prestigia a estrutura do Sistema. Conclui pela necessidade de prévia prova pericial.

Requer a concessão de efeito suspensivo, para que seja cassada a r. decisão agravada para seja denegada ou quanto muito reduzida a multa cominatória para o valor não superior a R\$ 100,00 por dia de atraso, ou ainda, que sejam suspensos os efeitos da decisão agravada até que ocorra produção de prova pericial.

Às fls. 109/112 foi indeferido o efeito suspensivo.

Contraminuta às fls. 114/141.

Às fls. 143/153 a União Federal interpôs agravo interno.

Contraminuta ao recurso de agravo interno às fls. 155/164.

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora):

Não merece acolhimento a insurgência da agravante.

No presente caso, verifica-se que nos autos do agravo de instrumento nº 0003691-41.2016.4.03.0000/SP foi deferida em antecipação de tutela a pretensão recursal, determinando o imediato fornecimento, de forma contínua, e por tempo indeterminado e integralmente gratuito, do medicamento Icatibanto (Firazyr), conforme prescrição da médica que acompanha o autor.

Ante a informação de que a União Federal foi intimada em 04.05.2016 para fornecer o medicamento e até o dia 26.08.2016 ainda não tinha cumprido a ordem judicial, o MM. Juízo *a quo* fixou o valor da multa diária de R\$ 1.000,00.

Com efeito, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de ser cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de *astreintes* como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não existe óbice ao julgamento do presente feito, pois o RESP 1.101.725/RS, então submetido ao regime representativo da controvérsia, foi desafetado em 03.06.2014.
2. É permitido ao Juízo da execução aplicar multa cominatória ao devedor pelo atraso no cumprimento da obrigação de fazer, ainda que se trate da Fazenda Pública.
3. Agravo Regimental do Estado do Rio Grande do Sul desprovido.
(AgRg no REsp 904.638/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 12/09/2014)

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. EXECUÇÃO. FIXAÇÃO DE PRAZO RAZOÁVEL PARA EMISSÃO DE TÍTULOS DA DÍVIDA AGRÁRIA - TDAS. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA COMINATÓRIA. CABIMENTO.

Nos termos da jurisprudência do STJ, é cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de *astreintes* como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer ou entregar coisa (arts. 461 e 461-A do CPC).

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 564.753/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 29/10/2014)

PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER IMPOSTA À FAZENDA NACIONAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REEXAME DOS ELEMENTOS QUE LEVARAM A INSTÂNCIA DE ORIGEM A ESTABELECEM O PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA ORDEM. SÚMULA 7/STJ. IMPOSIÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA À FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE.

(...)

3. O entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do STJ, de que é permitida a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que se trate da Fazenda Pública.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 302.594/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 25/09/2014)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É permitido ao Juízo da execução aplicar multa cominatória ao devedor pelo atraso no cumprimento da obrigação de fazer, ainda que se trate da Fazenda Pública.

2. Agravo Regimental do Estado do Rio Grande do Sul desprovido.

(AgRg no Ag 995.721/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 27/05/2014)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA Nº 83 DO STJ.

1. É adequada a previsão de incidência de multa cominatória diária para eventual descumprimento de decisão judicial, ainda que seja contra a Fazenda Pública. Nesse sentido, dentre outros: AgRg no REsp 1129903/GO, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 24/11/2010; AgRg no Ag 1247323/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 01/07/2010; AgRg no REsp 1064704/SC, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 17/11/2008).

2. O valor estabelecido pela instância ordinária para multa (*astreintes*) pode ser revisto nesta esfera, tão somente nas hipóteses em que a condenação revelar-se irrisória ou exorbitante,

distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso, uma vez que a multa diária imposta no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) não se mostra exorbitante.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 290.270/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 29/05/2014)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. POSSIBILIDADE. DEMANDA INDENIZATÓRIA CONTRA O PODER PÚBLICO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É permitido ao Juízo da execução aplicar multa cominatória ao devedor pelo atraso no cumprimento da obrigação de fazer, ainda que se trate da Fazenda Pública.

2. Agravo Regimental do INCRA desprovido.

(AgRg no REsp 1267251/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 20/05/2014)

A cominação de *astreintes* deve ser compatível com a obrigação de fazer imposta à autarquia, já que tem como objetivo de compeli-la ao efetivo cumprimento do encargo, não podendo, contudo, servir ao enriquecimento sem causa.

Em suma, o magistrado deve ajustar o valor e a periodicidade da multa consoante as circunstâncias concretas, com vista à obtenção do resultado específico da obrigação reclamada, mas sempre atento à razoabilidade, a fim de não fixar prazo exíguo para cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer.

Assim, cabível a aplicação da multa de R\$ 1.000,00, a fim de assegurar o cumprimento da obrigação dentro do prazo estipulado, face à predominância do valor jurídico “saúde” e “vida”, a tornar urgente e imperiosa a satisfação imediata da necessidade do tratamento essencial ao agravado.

Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO (NAGLAZYME/GALSULFASE - 5MG). DOENÇA INCAPACITANTE (MUCOPOLISSACARIDOSE VI). MENOR DESPROVIDO DE CONDIÇÕES FINANCEIRAS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO ÂMBITO DO STJ. ESSENCIALIDADE DO MEDICAMENTO PLEITEADO. DIREITO À SAÚDE INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DEVER DO ESTADO. DEFENSORIA PÚBLICA FEDERAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INCABÍVEIS.

1. Há de se focar os presentes recursos sob o ângulo da necessidade de prover o apelado com medicamento imprescindível à preservação de sua vida, cujo direito está assegurado, como inalienável, logo no *caput*, do art. 5º da Constituição. Portanto, como direito a ser primeiramente garantido pelo Estado brasileiro, isto é, pela República Federativa do Brasil, tal como se define o estatuto político-jurídico desta Nação.

2. Sendo o Estado brasileiro o titular da obrigação de promover os meios assecuratórios da vida e da saúde de seus súditos, e constituindo-se este pelo conjunto das pessoas políticas, quais sejam, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, emerge o entendimento de que todas essas pessoas de direito público interno são responsáveis, nos termos da Constituição, pela vida e pela saúde dos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, mormente no que tange ao seu financiamento, tendo todas legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de ação que visa à garantia do acesso a medicamentos para pessoas que não possuem recursos financeiros.

3. Restando comprovadas a insuficiência de recursos do requerente, bem como a essencialidade do medicamento pleiteado, a recusa no fornecimento do medicamento pretendido pelo apelado implica desrespeito às normas que lhe garantem o direito à saúde e, acima de tudo, à vida, razão pela qual se mostra como intolerável omissão, mormente em um Estado Democrático de Direito.

4. Viável a imposição de multa diária à Administração Pública, que somente deverá ser aplicada na hipótese em que restar comprovado o retardamento injustificado no cumprimento da decisão judicial, não se mostrando excessivo o valor fixado no importe de R\$ 1.000,00, eis que amparado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

5. Incabível a condenação da União Federal ao pagamento de honorários advocatícios, à luz do disposto na Súmula nº 421 do STJ, segundo a qual os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.

6. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, APELREEX - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2173156 - 0008963-73.2007.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 15/12/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 11/01/2017)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO LEGITIMIDADE DA UNIÃO NO PÓLO PASSIVO. ART. 197 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- O artigo 557, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, trouxe inovações ao sistema recursal, com a finalidade de permitir maior celeridade à tramitação dos feitos, autorizando o relator, por meio de decisão monocrática, a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

- Quanto à argumentação de ilegitimidade passiva, entendo ser a União Federal parte legítima nesta contenda, em face de sua obrigação constitucional de resguardar e promover a saúde à população, solidariamente com os Estados-membros, Distrito Federal e os Municípios, transferindo a gestão da saúde aos três níveis de governo, para se dar por meio de seus órgãos que são, respectivamente, Ministério da Saúde, Secretarias Estaduais de Saúde e Secretarias Municipais de Saúde, todos constituindo o Sistema Único de Saúde (SUS), ainda que cada esfera política compartilhe atribuições diversas.

Cabe observar a existência de expressa disposição constitucional sobre o dever de participação da União no financiamento do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198, parágrafo único, da Constituição Federal. A esse respeito decidiu o C. STJ:

“O funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que, qualquer dessas entidades têm legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros”

- Cabe destacar que o provimento judicial, no sentido de que sejam fornecidos medicamentos aos cidadãos não caracteriza indevida interferência nas atribuições típicas do Executivo, pois, conforme se infere da questão trazida na exordial, patente a lesão ou ameaça do direito da parte agravada e, para esses casos, muito bem se amolda a previsão contida no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República em vigor, o qual reza: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

- O Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do medicamento para a garantia da vida da paciente, deverá ser ele

fornecido.

- A saúde é direito constitucionalmente assegurado, encontrando-se disciplinado nos artigos 196, 197, 198 da Constituição Federal.

- Cabe ao Estado a garantia da saúde mediante a execução de política de prevenção e assistência à saúde, com a disponibilização dos serviços públicos de atendimento à população, tendo a Constituição Federal delegado ao Poder Público competência para editar leis, objetivando a regulamentação, fiscalização e controle dos serviços e ações da saúde.

- Negar ao então autor o tratamento médico pretendido implica desrespeito às normas constitucionais, que garantem o direito à saúde e à vida. Nesse sentido a pacificada jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça e do C. Supremo Tribunal Federal..

- A inexistência de registro do medicamento na ANVISA não impede o seu fornecimento pelos motivos já apontados. Destaquem-se precedentes do C. Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- Inviável o pedido subsidiário de afastamento de aplicação de multa diária, pois sua incidência é plenamente cabível, nos termos do art. 461 do Código de Processo Civil, e, no caso específico de pedidos de fornecimento de medicamentos, afigura-se ainda mais recomendável, tendo em vista a relevância dos bens jurídicos tutelados. Por outro lado, o prazo de 90 dias concedido pelo Juízo “a quo” para cumprimento do quanto determinado é, ao contrário do que afirma a recorrente, razoável, não comportando dilação.

- Consoante jurisprudência do C. STJ, possível a fixação de multa contra a Fazenda Pública por inadimplemento de obrigação de fazer.

- Despropositado o pedido de efeito suspensivo a este recurso, o qual, se deferido, acabaria por desnaturar por completo a concessão da tutela antecipada conferida ao autor em risco iminente de dano irreparável a sua saúde, conforme obviamente se infere dos fatos narrados no próprio instrumento de agravo, bem assim das razões lançadas no decisum monocrático *ad quem* impugnado.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos da decisão recorrida a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nela contida.

- Agravo legal improvido.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0001283-14.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 11/06/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 22/06/2015)

Assim, deve ser mantida a r. decisão agravada.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo de instrumento, prejudicado o agravo interno.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO**0020877-77.2016.4.03.0000****(2016.03.00.020877-7)**

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravada: PIEZO PRINT COM/ E SERVIÇOS LTDA - ME
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS
Classe do Processo: AI 591397
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/04/2017

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 133 DO CPC/2015.

1. A agravante/exequente pretendeu, com fundamento no artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, o redirecionamento da execução fiscal ao sócio, sob o argumento de restar configurada hipótese de dissolução irregular da sociedade.
2. O Artigo 133 do CPC/2015 determina que o incidente depende de iniciativa da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir nos autos, não podendo ser instaurado de ofício pelo Juiz, como ocorreu no caso vertente.
3. No caso em exame, há certidão de oficial de justiça (fl. 15, verso) que constata o não funcionamento da empresa no endereço cadastrado na JUCESP (fl. 18, verso/19).
4. Destarte, não se sustenta a instauração do incidente do art. 133 do CPC/15, a uma porque não pode ordená-lo o juiz de ofício, a duas, porque é desnecessário na singularidade dos fatos aqui examinados.
5. A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (*Enfam*) já aprovou o Enunciado de número 53, proclamando que “o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015”.
6. O Fórum de Execuções Fiscais da Segunda Região (*Forexec*), edição 2015, reunindo juízes federais atuantes nas varas federais especializadas em execuções fiscais, aprovou o Enunciado de número 6, dispondo que “a responsabilidade tributária regulada no artigo 135 do CTN não constitui hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no artigo 133 do CPC/2015”.
7. Agravo de instrumento a que se dá 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 maioria, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos o voto do Relator, acompanhado pelo Des. Fed. Hélio Nogueira, vencido o Des. Fed. Wilson Zauhy que dava parcial provimento ao agravo de instrumento da União apenas para reconhecer que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica não pode ser determinado de ofício pelo juízo, devendo ser instaurado a requerimento da parte

ou do Ministério Público.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2017.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo de instrumento, interposto pela *União Federal*, em face da decisão proferida em sede de execução fiscal que não autorizou o redirecionamento da execução, nos termos do art. 135 do CTN, instaurando, por sua vez, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (*cf.* artigos 133 a 137, CPC/15).

Em suas razões recursais, informa que a responsabilização dos sócios se dá em virtude de dissolução irregular.

Sustenta a incompatibilidade entre as normas que regem o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e as que regras específicas que regulam a execução fiscal, especialmente em razão da possibilidade de apresentação de defesa sem prévia garantia e da suspensão automática do processo.

Pugna pelo reconhecimento da inaplicabilidade do incidente de desconconsideração no âmbito da execução fiscal de origem, ou caso não seja esse o entendimento acolhido, seja reconhecida a impossibilidade de instauração de ofício do incidente e de suspensão da execução com relação ao devedor principal.

O pedido de antecipação de tutela foi deferido.

É o relatório.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

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

Ao analisar o pedido de concessão de antecipação de tutela, foi proferida a seguinte decisão:

A agravante/exequente pretendeu o redirecionamento da execução fiscal ao sócio, sob o argumento de restar configurada a dissolução irregular da executada.

Ocorre que o juiz *a quo*, de ofício, instaurou o incidente previsto no art. 133 do CPC/15.

Esse dispositivo é de clareza solar: o incidente depende de iniciativa da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir nos autos, não podendo ser instaurado de ofício pelo Juiz. No caso em exame, há certidão de oficial de justiça (fl. 15, verso) que constata o não funcionamento da empresa no endereço cadastrado na JUCESP (fl. 18, verso/19).

Destarte, não se sustenta a instauração do incidente do art. 133 do CPC/15, a uma porque não pode ordená-lo o juiz de ofício, a duas, porque é desnecessário na singularidade dos fatos aqui examinados.

É importante frisar que, no tema em foco, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) já aprovou o Enunciado de número 53, proclamando que “o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015”.

Convém, ainda, mencionar entendimento de que a responsabilidade tributária dos sócios, prevista pelo artigo 135 do CTN, por ser subjetiva, pessoal e direta, não configura caso de desconconsideração da personalidade jurídica.

Nesse sentido, o Fórum de Execuções Fiscais da Segunda Região (Forexec), edição 2015, reunindo juízes federais atuantes nas varas federais especializadas em execuções fiscais, aprovou o Enunciado de número 6, dispondo que “a responsabilidade tributária regulada no artigo 135 do CTN não constitui hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no artigo 133 do CPC/2015”.

Sendo assim, numa análise perfunctória, vislumbro os requisitos para a concessão da antecipação de tutela, porquanto presentes a lesão grave ou de difícil reparação que poderiam derivar da decisão agravada.

Ante o exposto, defiro o pedido de antecipação de tutela.

Comunique-se ao juízo *a quo*.

Intime-se a parte agravada, nos termos artigo 1.019, II do CPC.

Assim sendo, em nova análise, este Relator confirma o acerto da r. decisão monocrática, que apreciou o mérito do agravo de instrumento, devendo, portanto, ser mantida integralmente.

Diante do exposto, mantenho a decisão acima transcrita e, por isto, *dou provimento ao agravo de instrumento*.

É o voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY:

Peço vênia ao e. Relator para divergir de seu posicionamento.

A discussão instalada nos autos diz respeito à possibilidade de *instauração de ofício do incidente* para apuração da responsabilidade do sócio da empresa executada pelos débitos da pessoa jurídica.

O Novo Código de Processo Civil disciplinou em seus artigos 133 a 137 o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, nos seguintes termos:

Art. 133. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos

para desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

A partir da vigência do Novo CPC, para a análise de eventual pretensão de redirecionamento da execução ao patrimônio dos sócios tornou-se necessária a instauração do mencionado incidente de desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada. Dentre os dispositivos legais que disciplinam referido incidente, destaca-se a previsão contida no § 4º do artigo 134 do Novo CPC nos seguintes termos:

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Referido incidente exige a comprovação dos requisitos legais específicos que são aqueles previstos pelo artigo 50 do Código Civil de 2002 e somente será instaurado a requerimento da parte ou do Ministério Público, *verbis*: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, *a requerimento da parte, ou do Ministério Público* quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

Ante o exposto, voto no sentido de *dar parcial provimento ao agravo de instrumento* da União apenas para reconhecer que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica não pode ser determinado de ofício pelo juízo, devendo ser instaurado a requerimento da parte ou do Ministério Público.

É como voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY

AGRAVO DE INSTRUMENTO**0021184-31.2016.4.03.0000****(2016.03.00.021184-3)**

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Agravada: AGRAL AGRÍCOLA ARACANGUA LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARAÇATUBA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO

Classe do Processo: AI 591749

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/04/2017

EMENTA**AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PENHORA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

- Ressalvado o parcelamento, a concessão da recuperação judicial, por si só, não tem o efeito de suspender o andamento do processo executivo fiscal e, por conseguinte, não impede atos de constrição em desfavor da executada, cabendo ao juízo da execução fiscal salvaguardar a garantia do crédito, inexistindo violação ao princípio da preservação da empresa.

- Conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, embora o deferimento do processamento da recuperação judicial não suspenda a execução fiscal, não cabe a prática de atos judiciais que comprometam o patrimônio da empresa, inviabilizando o plano de recuperação, cabendo ao juízo universal a apreciação da pretensão.

- Diante da edição da Lei 13.043/14, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça conclui que não é permitido ao Juízo da execução praticar atos de constrição ou alienação do patrimônio da empresa.

- Conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, conciliando o fim social de preservação da atividade econômica, ínsito no instituto de recuperação da empresa, deve-se afastar a possibilidade de que haja atos de constrição e, especialmente, de restrição patrimonial que possam comprometer o plano de recuperação, cuja decisão compete ao Juízo da Execução, mas sempre mediante consulta ao Juízo da recuperação empresarial.

- A determinação de penhora não necessariamente implica em imediata redução do patrimônio. Por conseguinte, caso determinado o ato constritivo na execução fiscal, é possível manter o ato de constrição, vedando-se, entretanto, os atos de alienação na execução fiscal até que seja consultado o juízo da recuperação judicial.

- Não sendo possível ao juízo da execução determinar ato de constrição que implique, por si só, em imediata redução do patrimônio, como nos casos de penhora de ativos financeiros da executada, através do sistema Bacenjud, ou de alienação de bens da executada, sem que tenha sido consultado o juízo da recuperação judicial, deve ser cancelado o ato até que referido juízo informe se com sua prática há inviabilidade ou não o plano de recuperação judicial.

- Agravo de instrumento parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de abril de 2017.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União, contra decisão que, em execução fiscal proposta em face de empresa AGRAL S/A AGRICOLA ARACANGUA - em recuperação judicial, entendeu que no caso de não haver pagamento ou oferecimento de bens nos autos, deve a exequente requerer o que de direito no juízo da recuperação judicial.

Sustenta a parte agravante, em suma, que a decisão merece reforma, devendo haver o regular processamento da execução fiscal, assegurando-se a futura satisfação do crédito fiscal, sem necessidade de aquiescência do Juízo da recuperação judicial.

O recurso foi processado com o parcial o efeito suspensivo.

A parte agravada apresentou contraminuta.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Prevê o § 7º, do art. 6º, da Lei nº 11.101/05:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

(...)

§ 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

Igual a previsão do *caput*, do art. 187, do CTN, na redação dada pela Lcp nº 118, de 2005:

Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento.

Portanto, ressalvado o parcelamento, a concessão da recuperação judicial, por si só, não tem o efeito de suspender o andamento do processo executivo fiscal e, por conseguinte, não impede atos de constrição em desfavor da executada, cabendo ao juízo da execução fiscal sal-

vaguardar a garantia do crédito, inexistindo violação ao princípio da preservação da empresa.

Contudo, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, embora o deferimento do processamento da recuperação judicial não suspenda a execução fiscal, não cabe a prática de atos judiciais que comprometam o patrimônio da empresa, inviabilizando o plano de recuperação, cabendo ao juízo universal a apreciação da pretensão:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO FISCAL E JUÍZO DA VARA DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS. EMPRESA SUSCITANTE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FALIMENTAR PARA TODOS OS ATOS QUE IMPLIQUEM RESTRIÇÃO PATRIMONIAL.

1. As execuções fiscais ajuizadas em face da empresa em recuperação judicial não se suspenderão em virtude do deferimento do processamento da recuperação judicial, ou seja, a concessão da recuperação judicial para a empresa em crise econômico-financeira não tem qualquer influência na cobrança judicial dos tributos por ela devidos.

2. Embora a execução fiscal, em si, não se suspenda, são vedados atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação judicial, enquanto for mantida essa condição. Isso porque a interpretação literal do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/05 inibiria o cumprimento do plano de recuperação judicial previamente aprovado e homologado, tendo em vista o prosseguimento dos atos de constrição do patrimônio da empresa em dificuldades financeiras. Precedentes.

3. Conflito conhecido para declarar a competência do JUÍZO DA VARA DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS DO DISTRITO FEDERAL para todos os atos que impliquem em restrição patrimonial da empresa suscitante.

(CC 116.213/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/09/2011, DJe 05/10/2011)

AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DEFERIMENTO DO PEDIDO LIMINAR PARA DETERMINAR QUE, NOS AUTOS DA EXECUÇÃO FISCAL, O JUÍZO DA VARA DO TRABALHO ABSTENHA-SE DE PRATICAR ATOS EXECUTÓRIOS QUE IMPORTEM NA CONSTRIÇÃO OU ALIENAÇÃO DE BENS DA EMPRESA SUSCITANTE E DESIGNAR O JUÍZO DE DIREITO EM QUE SE PROCESSA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA DECIDIR, EM CARÁTER PROVISÓRIO, AS MEDIDAS URGENTES.

1. DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NÃO SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO FISCAL, DEVENDO-SE, TODAVIA, SUBMETER A PRETENSÃO CONSTRITIVA DIRECIONADA AO PATRIMÔNIO DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL AO JUÍZO UNIVERSAL. ENTENDIMENTO PERFILHADO PELA SEGUNDA SEÇÃO DESTA CORTE DE JUSTIÇA. 2. EXEGESE QUE NÃO ENSEJA INFRINGÊNCIA À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INEXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. 3. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. De acordo com o entendimento jurisprudencial consolidado no âmbito da Segunda Seção desta Corte de Justiça, embora o deferimento do processamento da recuperação judicial não tenha, por si só, o condão de suspender as execuções fiscais, na dicção do art. 6º, § 7º, da Lei nº 11.101/05, a pretensão constritiva direcionada ao patrimônio da empresa em recuperação judicial deve, sim, ser submetida à análise do juízo universal, em homenagem ao princípio da preservação da empresa.

2. A exegese ora adotada, de modo algum, encerra violação ao Princípio da Reserva de Plenário, previsto no art. 97 da Constituição Federal, notadamente porque não se procedeu à declaração de inconstitucionalidade, mas sim à interpretação sistemática dos dispositivos legais sobre a matéria. Precedentes da Segunda Seção do STJ.

3. Agravo improvido.

(AgRg no CC 136.978/GO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 17/12/2014)

Mesmo diante da edição da Lei 13.043/14, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça conclui que não é permitido ao Juízo da execução praticar atos de constrição ou alienação do patrimônio da empresa:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. EDIÇÃO DA LEI Nº 13.043, DE 13.11.2014. PARCELAMENTO DE CRÉDITOS DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA MANTIDA.

1. O juízo onde se processa a recuperação judicial é o competente para julgar as causas em que estejam envolvidos interesses e bens da empresa recuperanda.
2. O deferimento da recuperação judicial não suspende a execução fiscal, mas os atos de constrição ou de alienação devem-se submeter ao juízo universal.
3. A edição da Lei nº 13.043, de 13.11.2014, por si, não implica modificação da jurisprudência desta Segunda Seção acerca da competência do juízo da recuperação para apreciar atos executórios contra o patrimônio da empresa. 4. No caso concreto, o deferimento do processamento da recuperação e a aprovação do correspondente plano são anteriores à vigência da Lei nº 13.043/2014.
5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AGRCC 201302523450, ANTONIO CARLOS FERREIRA, STJ - SEGUNDA SEÇÃO, DJE DATA: 15/12/2015 ..DTPB:.)

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. EDIÇÃO DA LEI Nº 13.043, DE 13.11.2014. PARCELAMENTO DE CRÉDITOS DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA MANTIDA.

1. O juízo onde se processa a recuperação judicial é o competente para julgar as causas em que estejam envolvidos interesses e bens da empresa recuperanda.
2. O deferimento da recuperação judicial não suspende a execução fiscal, mas os atos de constrição ou de alienação devem-se submeter ao juízo universal. Jurisprudência.
3. A Lei nº 11.101/2005 visa à preservação da empresa, à função social e ao estímulo à atividade econômica, a teor de seu art. 47.
4. No caso concreto, a edição da Lei nº 13.043/2014 - que acrescentou o art. 10-A à Lei nº 10.522/2002 e disciplinou o parcelamento de débitos de empresas em recuperação judicial - não descaracteriza o conflito de competência.
5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AGRCC 201402457868, RAUL ARAÚJO, STJ - SEGUNDA SEÇÃO, DJE DATA: 22/06/2015 ..DTPB:.)

Dessa forma, conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, conciliando o fim social de preservação da atividade econômica, insito no instituto de recuperação da empresa, deve-se afastar a possibilidade de que haja atos de constrição e, especialmente, de restrição patrimonial que possam comprometer o plano de recuperação, cuja decisão compete ao Juízo da Execução, mas sempre mediante consulta ao Juízo da recuperação empresarial.

Por sua vez, a determinação de penhora não necessariamente implica em imediata redução do patrimônio. Por conseguinte, caso determinado o ato construtivo na execução fiscal, é possível manter o ato de constrição, vedando-se, entretanto, os atos de alienação na execução fiscal até que seja consultado o juízo da recuperação judicial.

Entretanto, não sendo possível ao juízo da execução determinar ato de constrição que implique, por si só, em imediata redução do patrimônio, como nos casos de penhora de ativos financeiros da executada, através do sistema Bacenjud, ou de alienação de bens da executada,

sem que tenha sido consultado o juízo da recuperação judicial, deve ser cancelado o ato até que referido juízo informe se com sua prática há inviabilidade ou não o plano de recuperação judicial.

A respeito, confira-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO FUNDADO NO NOVO CPC/2015. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. EXECUÇÃO FISCAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PROSSEGUIMENTO DOS ATOS DE EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.

1. As Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ, no que tange ao bloqueio de ativos financeiros de sociedade empresária em recuperação judicial por meio do sistema Bacenjud, firmaram a compreensão de que este procedimento não se mostra possível em respeito ao princípio da preservação da empresa. Ademais, consignou-se inexistir prejuízo à Fazenda, porquanto, ressalvadas as preferências legais, seu crédito estará assegurado pelo juízo falimentar (AgRg no REsp 1556675/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015; AgRg no REsp 1453496/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 29/09/2014).

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt nos EDcl no REsp 1495671/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 26/09/2016)

Por fim, anoto que eventuais outros argumentos trazidos nos autos ficam superados e não são suficientes para modificar a conclusão baseada nos fundamentos ora expostos.

Ante o exposto, voto por DAR PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

Direito Processual Penal



CONFLITO DE JURISDIÇÃO

0009263-80.2013.4.03.0000

(2013.03.00.009263-4)

Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE PIRACICABA - SP
Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Parte Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Parte Ré: ADAMS FERNANDO RAZERA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: CJ 15171
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/04/2017

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA.

- Hipótese de inquérito policial instaurado em Piracicaba/SP para apurar suposto crime contra o sistema financeiro nacional, com posterior remessa dos autos ao Ministério Público Federal em São Paulo/SP, que apresentou manifestação pela declinação da competência por inexistência de delito da espécie, que foi acolhida pelo Juízo da 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP (especializada em crimes contra o sistema financeiro nacional e em lavagem de capitais), sobrevivendo redistribuição dos autos, oferecimento de denúncia pela procuradora da república oficiante em Piracicaba por delito do artigo 171, “caput” e §3º, do Código Penal, e decisão do Juízo da 3ª Vara Federal de Piracicaba/SP suscitando o presente conflito por classificar os fatos imputados nos artigos 7º e 19 da Lei 7.492/86.

- É na sentença o momento processual adequado para o magistrado proceder à classificação delitiva, por aplicação do instituto da “emendatio libelli”, previsto no artigo 383 do Código de Processo Penal, porém sendo possível ao magistrado adentrar a questão antes da sentença em hipóteses excepcionais em que a capitulação do delito possa repercutir no caso concreto em matérias de ordem pública, como é o caso da competência.

- Imputação na ação penal de origem que é de conduta do denunciado, na condição de sócio de empresa de produtos agrícolas, realizando desconto de duplicatas mercantis ideologicamente falsas em agência da Caixa Econômica Federal na cidade de Piracicaba/SP, para tanto celebrando contrato de limite de crédito para as operações de desconto.

- Títulos ou valores mobiliários que são papéis emitidos por instituições atuantes nos mercados financeiro e de capitais, conceito ao qual não se amolda a duplicata, mero título de crédito documentando saque do vendedor pela importância faturada ao comprador. Elemento normativo do tipo penal do artigo 7º da Lei 7.492/86 não configurado.

- Hipótese em que os fatos que o Juízo suscitante classifica no artigo 19 da Lei 7.492/86 versam contrato de limite de crédito, portanto contrato de empréstimo, que não se confunde com financiamento, destarte não se amoldando a imputação ao referido delito contra o sistema financeiro nacional.

- Questão da competência que resolve-se pelo critério do artigo 70, primeira parte, do Código de Processo Penal (“A competência será, de regra, determinada pelo lugar em

que se consumir a infração”), pelo qual configurada está a competência do Juízo suscitante porquanto obtida a vantagem ilícita em Piracicaba/SP, onde situada a agência da CEF.

- Conflito julgado improcedente para declarar a competência do Juízo da 3ª Vara Federal de Piracicaba/SP.

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, julgar improcedente o conflito para declarar a competência do Juízo da 3ª Vara Federal de Piracicaba/SP, ora suscitante, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de abril de 2017.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

Trata-se de conflito negativo de competência estabelecido em inquérito policial instaurado em Piracicaba/SP para apurar suposto crime contra o sistema financeiro nacional, com posterior remessa dos autos ao Ministério Público Federal em São Paulo/SP, que apresentou manifestação pela declinação da competência por inexistência de delito da espécie, que foi acolhida pelo Juízo da 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP (especializada em crimes contra o sistema financeiro nacional e em lavagem de capitais).

Redistribuídos os autos, foi oferecida denúncia pela procuradora da república oficiante em Piracicaba contra Adams Fernando Razera por delito do artigo 171, “caput” e §3º, do Código Penal, sobrevindo decisão do Juízo da 3ª Vara Federal de Piracicaba/SP suscitando o presente conflito por classificar os fatos imputados nos artigos 7º e 19 da Lei 7.492/86.

Foi designado o Juízo Federal suscitante para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes e solicitadas informações.

O parecer ministerial é pela improcedência do conflito, “fixando-se a competência do Juízo da 3ª Vara Federal de Piracicaba/SP”.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

Cuida-se de conflito de competência suscitado pelo Juízo da 3ª Vara Federal de Piracicaba/SP por decisão nestes termos proferida:

Com as vênias devidas ao e. magistrado de São Paulo e o entendimento esposado pelo d. procurador da república, lanço mão da presente decisão para suscitar conflito negativo de

competência.

Com efeito, filio-me à jurisprudência dominante no sentido de que os delitos previstos nos arts. 7º e 19, ambos da Lei nº 7.492/86, são especiais em relação às condutas descritas nos arts. 171 e 172 do Código Penal.

A rigor, a lei especial (seja com relação à conduta descrita no art. 7º, seja no art. 19) é específica em relação ao tipo descrito no Código Penal e sobre ele deve prevalecer.

De se consignar que o sujeito passivo das infrações cometidas contra o SFN é comum, vale dizer, quaisquer pessoas podem praticar as condutas descritas na Lei nº 7.492/86, pois seus comandos não incidem somente sobre os integrantes da instituição financeira que teria corrido para os crimes. Neste sentido, o entendimento de Rodolfo Tigre Maia.

Também neste sentido já se manifestou o e. STJ (HC 14.131/PR, relator: Ministro Vicente Leal):

“O fato descrito na denúncia situa-se em tese na moldura no art. 19, da Lei nº 7.492/86. Ao paciente imputa-se a prática de obtenção, mediante fraude, de financiamento em instituição financeira. Se um fato enquadra-se em diferentes normas penais, resolve-se pelo princípio da especialidade”.

Não diverge de tal posicionamento a jurisprudência dominante:

“ACR 200004010041564 ACR - APELAÇÃO CRIMINAL Relator(a) ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO Sigla do órgão TRF4 Órgão julgador OITAVA TURMA Fonte DJ 14/05/2003 PÁGINA: 1113 Decisão 1 TURMA, POR UNANIMIDADE, DEU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR

Ementa DIREITO PENAL. LEI Nº 7.492/86, ART. 19, PARÁGRAFO ÚNICO. OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO MEDIANTE UTILIZAÇÃO DE DUPLICATAS FRAUDULENTAS. TIPICIDADE DA CONDUTA. PROVA SATISFATÓRIA. DOLO. CONDENAÇÃO MANTIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA.

1. Obter empréstimo destinado a financiar capital de giro da empresa, mediante apresentação de duplicatas falsas a título de garantia, amolda-se perfeitamente ao tipo penal previsto no art. 19, parágrafo único da Lei nº 7.492/86, aplicável à hipótese em face do princípio da especialidade.

2. *In casu*, a prova dos autos demonstra a prática dolosa do apelante, impondo-se a confirmação do decreto condenatório.

3. Sendo a limitação de fim de semana sanção mais gravosa ao acusado, mostra-se cabível a substituição da pena prisional por prestação de serviços à comunidade, mantida a pecuniária fixada pelo julgador monocrático”.

Processo ACR 200405000060340 ACR - Apelação Criminal - 3662 Relator(a) desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho Sigla do Órgão TRF5 Órgão julgador Terceira Turma Fonte DJE - Data: 14/09/2009 - Página: 169 Decisão UNÂNIME

Ementa PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. “CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ART. 19, da LEI 7.492/86. USO DE DUPLICATAS FALSAS PARA A OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO DA CEF. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE OBTENÇÃO DUPLICATA SIMULADA (ART. 172, DO CP). IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. INAPLICABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA PROVADAS. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Utilização de duplicatas ‘frias’ para a obtenção de financiamento bancário na Caixa Econômica Federal, para aumentar o capital social de empresa importadora de bicicletas.

2. Conduta do Apelante que não se exauriu na emissão de duplicatas falsificadas simulatórias de negócios jurídicos. A referida emissão visou obter o financiamento na CEF, causando lesão aos interesses patrimoniais do Sistema Financeiro Nacional, de forma que tal conduta, pelo critério de especialidade, subsume-se ao disposto na Lei nº 7.492/86, que define os crimes praticados contra o sistema financeiro nacional, e não nas normas genéricas do Código Penal. Incabimento da desclassificação do delito para o ilícito previsto no art. 172, do CP.

3. A prescrição em perspectiva não foi recepcionada pelo ordenamento jurídico pátrio, sendo reiteradamente rejeitada nos Tribunais Superiores.

4. Documentos e depoimentos orais que provam a fraude na emissão das duplicatas, e a obtenção de financiamento pelo Apelante, que não pagou a dívida, vendeu a empresa, e encontra-se em local incerto e não sabido. Autoria e materialidade do ilícito positivadas. Presença das elementares, subjetivas e objetivas, do tipo penal a que alude o art. 19, da Lei nº 7.492/86. Pena privativa de liberdade, e de multa, corretamente aplicadas.

5. Apelação improvida”.

Ante o exposto, ao reconhecer a incompetência deste Juízo para conhecer do feito para cá encaminhado, DETERMINO a expedição de ofício ao excelentíssimo Sr. Dr. Desembargador Presidente do c. Tribunal Regional Federal para que, em entendendo cabível, determine o julgamento do presente conflito negativo de competência, instruindo-o com cópia desta decisão, da denúncia, da decisão originada da 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo que determinou o envio dos autos a este órgão jurisdicional.

Ao início anoto que, em regra, o momento processual adequado para o magistrado proceder à classificação delitiva é na prolação da sentença, por aplicação do instituto da “*emendatio libelli*”, previsto no artigo 383 do Código de Processo Penal (“O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”), porém sendo possível ao magistrado adentrar a questão antes da sentença em hipóteses excepcionais em que a capitulação do delito possa repercutir no caso concreto em matérias de ordem pública, como é o caso da competência.

Destaco precedente do Superior Tribunal de Justiça de interesse na questão:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. *EMENDATIO LIBELLI*. DIREITOS PROCESSUAIS OU MATERIAIS. TEMAS DE ORDEM PÚBLICA. DECISÃO POSSÍVEL EM QUALQUER FASE DO PROCESSO. FUNDAMENTAÇÃO COM EXAME DA CORRETA ADEQUAÇÃO TÍPICA. LEGALIDADE. ANULAÇÃO DA DECISÃO FAVORÁVEL À DEFESA SEM RECURSO ACUSATÓRIO. *REFORMATIO IN PEJUS*. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

2. Se a aplicação do direito aos fatos denunciados dá-se em regra pela sentença, mantendo ou não a tipificação indicada pela inicial acusatória - arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal -, o reconhecimento de incontroversos direitos processuais ou materiais, caracterizados como temas de ordem pública, pode dar-se em qualquer fase do processo, inclusive com fundamentação então necessária de correto enquadramento típico.

3. Nada impede possa o magistrado, mesmo antes da sentença condenatória, evitando a mora e os efeitos de indevida persecução criminal, reconhecer desde logo clara incompetência, prescrição, falta de justa causa, direitos de transação, *sursis* processual, ou temas outros de ordem pública, relevantes, certos e urgentes.

(...)

(HC 241.206/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 11/12/2014)

Confira-se excerto do voto do Relator:

O limite do caso penal é dos fatos indicados na peça acusatória. Irrelevante é adequação típica indicada pelo agente ministerial, que em nada limite a persecução ou as partes do processo -

pode o juiz e mesmo o acusador compreenderem até a sentença que os fatos descritos caracterizam crimes outros. Daí porque não cabe ao juiz corrigir defeito de enquadramento típico da denúncia - na sentença simplesmente enquadrará os fatos ao direito, na forma do art. 383 do CPP, como simples exercício de jurisdição.

É a *emendatio libelli* reservada para o momento da prolação da sentença, como arguido no acórdão recorrido, ocasião em que o magistrado, após encerrada a instrução e debates, decidirá o direito aos fatos acusatórios - sem qualquer limitação de enquadramento típico.

Ocorre que matérias de ordem pública, de enfrentamento necessário em qualquer fase processual - como competência, trancamento da ação, sursis processual ou prescrição -, podem exigir como fundamento inicial o adequado enquadramento típico dos fatos acusatórios, como descritos (assim independentemente da instrução).

Não se trata de alteração do limite do caso penal pela mudança do tipo penal denunciado - irrelevante aos limites do caso penal - e sim de decidir se há direito material ou processual de ordem pública, como por exemplo a ocorrida definição do direito à transação penal, porque os fatos denunciados configuram em verdade crime diverso, de pequeno potencial ofensivo.

Também de utilidade o seguinte julgado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 1º, XIII, DO DECRETO-LEI 201/67. *EMENDATIO LIBELLI* NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PROCESSUAL. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. ART. 89 DA LEI 8.666/1993. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. DOLO ESPECÍFICO. EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO PARCIAL DO PROCESSO. ORDEM CONCEDIDA.

(...)

2. O órgão jurisdicional não tem competência para substituir-se ao Ministério Público, titular da ação penal pública, para o fim de retificar a classificação jurídica proposta. Nesse passo, dominante o entendimento que, em regra, o momento adequado para a *emendatio libelli* é o da prolação da sentença, não o recebimento da denúncia, em razão da topografia do art. 383 no CPP e do entendimento que o acusado defende-se dos fatos imputados, e não da classificação que lhes atribuem. Entrementes, jurisprudência e doutrina apontam no sentido da anuência com a antecipação da *emendatio libelli*, nas hipóteses em que a inadequada subsunção típica macular a competência absoluta, o adequado procedimento ou restringir benefícios penais por excesso de acusação.

(HC 258.581/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 25/02/2016)

Feitas essas considerações, passo à questão do enquadramento dos fatos, com registro de que a denúncia foi oferecida nestes termos (fls. 10/13):

Consta dos autos que, no período de 02/01/2004 a 31/03/2006, ADAMS FERNANDO RAZERA, na qualidade de sócio dirigente da pessoa jurídica “Agro Rural Comércio de Produtos Agrícolas Ltda. ME”, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 52.457.033-0001-69, agindo de forma consciente e voluntária, obteve para si vantagem ilícita, em prejuízo da Caixa Econômica Federal, induzindo-a em erro, ao realizar desconto de duplicatas mercantis ideologicamente falsas junto à Agência Piracicamirim, localizada na comarca de Piracicaba/SP, causando o *prejuízo total de R\$ 114.317,50* (atualizado até 20.06.2007, fls. 59/61 à empresa pública).

A ação ilícita restou constatada no procedimento administrativo de apuração de responsabilidade nº SP.4104.2006.A.000106 da Caixa Econômica Federal (Apenso I), inicialmente instaurado para apurar irregularidades nas concessões de crédito pessoa jurídica através do

Programa de Geração de Emprego e Renda (PROGER).

Durante as investigações, foram descobertas fraudes distintas da aventada contra o PROGER, consistentes no desconto de duplicatas simuladas em prejuízo da CEF, sem a intenção de resgatá-las, a exemplo dos fatos narrados na presente denúncia.

Com o intuito de obter vantagem ilícita, o denunciado realizou Contrato de Limite de Crédito para as Operações de Desconto junto à CEF. Em nome da empresa “Agro Rural”, apresentando para desconto 67 (sessenta e sete) cédulas sacadas contra parentes, ex-funcionários e conhecidos do denunciado.

Ouvido no inquérito policial (fls. 38/42), ADAMS afirmou que foi dele a iniciativa de contratar com a CEF e que as duplicatas emitidas não representavam efetivas transações mercantis da empresa “Agro Rural”, eis que serviam apenas para “levantar dinheiro”.

(...)

O prejuízo da CEF é evidente, eis que foi compelida a ingressar com Ação Monitória (Processo nº 2007.61.09.006191-0 - 3ª Vara Federal) contra a empresa “Agro Rural” e seus sócios, entre eles o denunciado, na tentativa de recuperar o empréstimo realizado com base no ardid relatado (fls. 59/61), sendo que o processo ainda está em andamento.

Verifica-se que a denúncia é por suposta conduta de Adams Fernando Razera, na condição de sócio da empresa “Agro Rural Comércio de Produtos Agrícolas Ltda. ME”, realizando desconto de duplicatas mercantis ideologicamente falsas em agência da Caixa Econômica Federal na cidade de Piracicaba/SP, causando prejuízo de R\$ 114.317,50 à empresa pública, também constando da exordial que o denunciado celebrou contrato de limite de crédito para as operações de desconto, apresentando sessenta e sete cédulas emitidas fraudulentamente.

Cabe, então, analisar se os fatos imputados se amoldam em tese aos referidos artigos 7º e 19 da Lei 7.492/86, “*verbis*”:

Art. 7º Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários:

I - falsos ou falsificados;

II - sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados;

III - sem lastro ou garantia suficientes, nos termos da legislação;

IV - sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida;

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Art. 19. Obter, mediante fraude, financiamento em instituição financeira:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é cometido em detrimento de instituição financeira oficial ou por ela credenciada para o repasse de financiamento.

Iniciando pelo tipo penal do artigo 7º da Lei 7.492/86, observo que, segundo as lições de Manoel Pedro Pimentel, “o crime tipificado neste art. 7º tem sua gênese nos arts. 72, 73 e 74, da Lei 4.728, de 14.7.65, que disciplinou o mercado de capitais e estabeleceu medidas para o seu desenvolvimento” e que “este é, também, um tipo que contém elementos normativos, indicados pelas expressões títulos ou valores mobiliários, cujo conceito deverá ser buscado fora do Código Penal” (“Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional”, 1987, p. 66-67), cabendo o destaque dos referidos artigos de lei:

Art. 73. Ninguém poderá fazer, imprimir ou fabricar ações de sociedades anônimas, ou caute-las que as representem, sem autorização escrita e assinada pela respectiva representação legal

da sociedade, com firmas reconhecidas.

§ 1º Ninguém poderá fazer, imprimir ou fabricar prospectos ou qualquer material de propaganda para venda de ações de sociedade anônima, sem autorização dada pela respectiva representação legal da sociedade.

§ 2º A violação de qualquer dos dispositivos constituirá crime de ação pública, punido com pena de 1 a 3 anos de detenção, recaindo a responsabilidade, quando se tratar de pessoa jurídica, em todos os seus diretores.

Art. 74. Quem colocar no mercado ações de sociedade anônima ou cautelas que a representem, falsas ou falsificadas, responderá por delito de ação pública, e será punido com pena de (um) a 4 (quatro) anos de reclusão.

Art. 75. O contrato de câmbio, desde que protestado por oficial competente para o protesto de títulos, constitui instrumento bastante para requerer a ação executiva.

§ 1º Por esta via, o credor haverá a diferença entre a taxa de câmbio do contrato e a da data em que se efetuar o pagamento, conforme cotação fornecida pelo Banco Central, acrescida dos juros de mora.

§ 2º Pelo mesmo rito, serão processadas as ações para cobrança dos adiantamentos feitos pelas instituições financeiras aos exportadores, por conta do valor do contrato de câmbio, desde que as importâncias correspondentes estejam averbadas no contrato, com anuência do vendedor.

§ 3º No caso de falência ou concordata, o credor poderá pedir a restituição das importâncias adiantadas, a que se refere o parágrafo anterior.

§ 4º As importâncias adiantadas na forma do § 2º deste artigo serão destinadas na hipótese de falência, liquidação extrajudicial ou intervenção em instituição financeira, ao pagamento das linhas de crédito comercial que lhes deram origem, nos termos e condições estabelecidos pelo Banco Central do Brasil.

Também destaco os artigos 5º e 16 da mencionada Lei 4.728/65, de utilidade para o conceito do elemento normativo “títulos ou valores mobiliários”:

Art. 5º O sistema de distribuição de títulos ou valores mobiliários no mercado de capitais será constituído:

- I - das Bolsas de Valores e das sociedades corretoras que sejam seus membros;
- II - das instituições financeiras autorizadas a operar no mercado de capitais;
- III - das sociedades ou empresas que tenham por objeto a subscrição de títulos para revenda, ou sua distribuição no mercado, e que sejam autorizadas a funcionar nos termos do art. 11;
- IV - das sociedades ou empresas que tenham por objeto atividade de intermediação na distribuição de títulos ou valores mobiliários, e que estejam registradas nos termos do art. 12.

Art. 16. As emissões de títulos ou valores mobiliários somente poderão ser feitas nos mercados financeiro e de capitais através do sistema de distribuição previsto no art. 5º.

§ 1º Para os efeitos deste artigo considera-se emissão a oferta ou negociação de títulos ou valores mobiliários:

- a) pela sociedade emissora ou coobrigada;
- b) por sociedades ou empresas que exerçam habitualmente as atividades de subscrição, distribuição ou intermediação na colocação no mercado de títulos ou valores mobiliários;
- c) pela pessoa natural ou jurídica que mantém o controle da sociedade emissora dos títulos ou valores mobiliários oferecidos ou negociados.

§ 2º Entende-se por colocação ou distribuição de títulos ou valores mobiliários nos mercados financeiro e de capitais a negociação, oferta ou aceitação de oferta para negociação:

- a) mediante qualquer modalidade de oferta pública;

- b) mediante a utilização de serviços públicos de comunicação;
- c) em lojas, escritórios ou quaisquer outros estabelecimentos acessíveis ao público;
- d) através de corretores ou intermediários que procurem tomadores para os títulos.

§ 3º As sociedades que infringirem o disposto neste artigo ficarão sujeitas à cessação imediata de suas atividades de colocação de títulos ou valores mobiliários no mercado, mediante intimação do Banco Central, que requisitará, se necessário, a intervenção da autoridade policial.

Da leitura dos dispositivos legais acima transcritos constata-se que “títulos ou valores mobiliários” são papéis emitidos por instituições atuantes nos mercados financeiro e de capitais, conceito ao qual não se amolda a duplicata, mero título de crédito documentando saque do vendedor pela importância faturada ao comprador, destarte não estando configurado o referido elemento normativo do tipo penal do artigo 7º da Lei 7.492/86.

Quanto ao artigo 19 da Lei 7.492/86, descreve conduta de obtenção fraudulenta de financiamento em instituição financeira, ocorrendo de no caso dos autos os fatos imputados na denúncia versarem contrato de limite de crédito, em outras palavras, contrato de empréstimo, que não se confunde com financiamento, porquanto o último possui destinação específica, destarte não se amoldando a imputação ao referido delito contra o sistema financeiro nacional.

Destaco os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte de interesse na questão:

CC - CONSTITUCIONAL - EMPRESTIMO - FINANCIAMENTO - A OPERAÇÃO DE EMPRESTIMO NÃO SE CONFUNDE COM O FINANCIAMENTO. A LEI 7.492/1986 (ART. 19) CHAMA A COMPETENCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. TODAVIA, E DA JUSTIÇA ESTADUAL PROCESSAR E JULGAR EVENTUAL CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DUPLICATAS PARA GARANTIR OPERAÇÃO DE EMPRESTIMO.

(CC 18.959/SP, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, TERCEIRA SECAO, julgado em 09/04/1997, DJ 25/08/1997, p. 39294)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. OBTENÇÃO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO JUNTO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA MEDIANTE FRAUDE. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. INEXISTÊNCIA. DELITO DE ESTELIONATO CONFIGURADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. A conduta criminosa consistente em levar a erro instituição financeira visando obter crédito pessoal, com desconto em folha, sem anuência dos titulares, caracteriza o delito de estelionato e não se subsume ao tipo penal previsto no art. 19 da Lei 7.492/86.

2. *O empréstimo pessoal obtido mediante fraude não está vinculado a uma destinação específica, como se exige nos financiamentos, o que configura, em tese, o delito previsto no art. 171, caput, do Código Penal, a merecer processamento perante a Justiça Estadual, porquanto praticado por particular contra uma entidade de natureza privada.*

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária de São Paulo - DIPO 4, o suscitado.

(CC 120.016/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2012, DJe 02/10/2012, grifo nosso)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. CRIME DE ESTELIONATO. ART. 171 DO CÓDIGO PENAL. OBTENÇÃO FRAUDULENTA DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO, PARA DESCONTO NA FOLHA DE PAGAMENTO DE SEGURADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. INOCORRÊNCIA DE VINCULAÇÃO A DESTINAÇÃO ESPECÍFICA. INEXISTÊNCIA DE CRIME CONTRA O SISTEMA FINAN-

CEIRO NACIONAL. AFASTAMENTO DA TIPO PREVISTO NO ART. 19 DA LEI 7.492/86. PRECEDENTES DO STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

I. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no que tange ao art. 19 da Lei 7.492/86, tem advertido que, “(...) a mera obtenção fraudulenta de empréstimo pessoal junto a instituição financeira não caracteriza crime contra o Sistema Financeiro Nacional, mas sim, delito de estelionato, porquanto não se trata de contrato de financiamento, visto que não se exige destinação específica, tampouco comprovação da aplicação dos recursos”. (STJ, CC 119.304/SE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 04/12/2012).

II. No caso concreto, a conduta em apuração, no Inquérito Policial, refere-se a obtenção fraudulenta de contrato de empréstimo consignado (e não financiamento, em que há vinculação quanto ao objeto), com o Banco BMG S/A, no qual indivíduo, que se apresentou como o segurado da Previdência Social, tomou o valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), autorizando o desconto voluntário, pelo INSS (consignante), em folha de pagamento (proventos da aposentadoria por invalidez), de 60 (sessenta) parcelas, mensais e consecutivas. Trata-se de empréstimo fraudulento, sem destinação específica dos recursos obtidos junto à instituição financeira, caracterizando-se o delito de estelionato, de competência da Justiça Estadual.

III. Com efeito, “esta Corte Superior de Justiça já firmou posicionamento de que só há a conduta descrita no art. 19 da Lei nº 7.492/86 (‘financiamento’) quando os recursos obtidos junto à instituição financeira possuem destinação específica, não se confundindo, assim, com mútuo obtido a título pessoal, conduta que caracteriza o crime de estelionato. Tendo em vista que os autos descrevem a ocorrência de mero empréstimo fraudulento, sem destinação específica, certa é a competência da Justiça Estadual para processar e julgar os fatos objeto dos presentes autos” (STJ, CC 122.257/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (Desembargadora Convocada do TJ/PE), TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 12/12/2012). Em igual sentido: STJ, CC 112.244/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 16/09/2010; CC 119.304/SE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 04/12/2012.

IV. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo de Direito da Vara Criminal de Inquéritos Policiais da Comarca de Belo Horizonte/MG, o suscitado.

(CC 125.061/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/05/2013, DJe 17/05/2013, grifo nosso)

Observo que o julgado do C. STJ referido na decisão do Juízo suscitante, além de ser anterior a dois dos precedentes acima colacionados, foi proferido por Turma em “habeas corpus”, ao passo os ora trazidos à baila foram firmados pela Terceira Seção em sede de conflito de competência.

Também destaco os seguintes julgados da Primeira Seção:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO PARA SUPRIMENTO DE CAPITAL DE GIRO. NEGÓCIO JURÍDICO QUE NÃO CARACTERIZA CONTRATO DE FINANCIAMENTO. UTILIZAÇÃO DE DUPLICATAS FRIAS COMO GARANTIA. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL NÃO CONFIGURADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ESTELIONATO. FEITO SENTENCIADO POR JUÍZO ESPECIALIZADO. NULIDADE PARCIAL DO PROCESSO. RECURSO PREJUDICADO.

1. O artigo 19 da Lei nº 7.492/1986 trata de contrato de financiamento, que pressupõe destinação específica. Cuidando-se, porém, de abertura de crédito para suprimento de capital de giro, sua natureza é de contrato de empréstimo.

2. A utilização de duplicatas frias como garantia para obtenção de empréstimo bancário não configura o delito previsto no artigo 19 da Lei nº 7.492/1986, mas o de estelionato, tipificado no artigo 171 do Código Penal.

3. Crime de estelionato praticado contra a Caixa Econômica Federal - CEF deve ser processado e julgado perante juízo comum da Justiça Federal e não em vara especializada em crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.

4. Desclassificação da conduta. Nulidade processual reconhecida. Remessa ao juízo federal competente. Recurso defensivo prejudicado.

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 34697 - 0103658-10.1997.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 18/06/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/06/2013, grifo nosso)

PROCESSO PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. EMPRÉSTIMOS PESSOAIS EM CONSIGNAÇÃO OBTIDOS JUNTO À CEF MEDIANTE FRAUDE. ESTELIONATO. COMPETÊNCIA DA VARA COM COMPETÊNCIA COMUM.

1. Descreve o relatório da autoridade policial que o procedimento inquisitivo foi instaurado “com o objetivo de apurar o crime de estelionato, previsto no art. 171 do Código Penal, considerado o teor do requerimento de fls. 03/04, oriundo da Caixa Econômica Federal, o qual dá conta de fraude em empréstimos concedidos através de convênio de consignação entre a prefeitura municipal de Araçariguama/SP e a CEF, agência São Roque/SP”

2. *É pacífico na jurisprudência da colenda Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça que os empréstimos pessoais não se confundem com financiamento, por não possuírem destinação específica, não se amoldando à figura típica do art. 19 da Lei 7.492/86, mas ao delito de estelionato, de sorte que deve ser afastada a competência da Vara Criminal especializada para processar e julgar os crimes praticados contra o Sistema Financeiro Nacional.*

3. Conflito julgado procedente.

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA SEÇÃO, CJ - CONFLITO DE JURISDIÇÃO - 14880 - 0033415-32.2012.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, julgado em 15/08/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/08/2013, grifo nosso)

Destarte, considerando que os fatos imputados configuram, em tese, delito de estelionato, não crime contra o sistema financeiro nacional, não há se falar em competência da Vara especializada, a questão resolvendo-se pelo critério do artigo 70, primeira parte, do Código de Processo Penal (“A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração”), pelo qual configurada está a competência do Juízo suscitante porquanto obtida a vantagem ilícita em Piracicaba/SP, onde situada a agência da CEF.

Diante do exposto, julgo improcedente o conflito para declarar a competência do Juízo da 3ª Vara Federal de Piracicaba/SP, ora suscitante.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

AGRAVO REGIMENTAL EM EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO CRIMINAL

0021621-72.2016.4.03.0000

(2016.03.00.021621-0)

Agravante: MARCOS ALVES PINTAR

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Excipiente: MARCOS ALVES PINTAR

Excepto: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES (QUINTA TURMA)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP

Relatora: DESEMBARGADOR FEDERAL CECÍLIA MARCONDES - PRESIDENTE

Classe do Processo: Suspei 1289

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/04/2017

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL - EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO - INTEMPESTIVIDADE - PRAZO REGIMENTAL - PETIÇÃO APRESENTADA NO DIA DA SESSÃO DE JULGAMENTO, MEDIANTE PROTOCOLO INTEGRADO - FATO QUE SÓ CHEGOU AO CONHECIMENTO DEPOIS DE ENCERRADA A SESSÃO - DESCUMPRIMENTO DO ARTIGO 282 DO RITRF3 - AGRAVO IMPROVIDO.

I - De acordo com o artigo 282 do Regimento Interno deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região, a arguição de suspeição de Desembargador Federal deve ser apresentada até 15 dias depois da distribuição do feito, se relator; em igual prazo, após a conclusão, no caso do revisor; e dos demais desembargadores até o início do julgamento. Norma semelhante consta nos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (arts. 279 e 274, respectivamente);

II - As sessões ordinárias, neste TRF3, iniciam-se às 14h00 (artigo 135 do Regimento Interno). A petição protocolizada às 14h01, após o início da sessão de julgamento, por meio de protocolo integrado, não atende ao comando normativo que exige que a exceção de suspeição seja apresentada até o início do julgamento;

III - O dispositivo regimental que regulamenta o prazo para se apresentar exceção de suspeição de membro de órgão colegiado, ao dispor que o incidente deverá ser apresentado até o início do julgamento, tem por objetivo impedir o pronunciamento jurisdicional nulo ou anulável, viciado pela participação de desembargador impedido ou suspeito;

IV - O protocolo integrado objetiva facilitar o acesso ao tribunal, permitindo a advogados das mais diversas localidades recorrer sem necessitarem se deslocar à capital. Porém, em casos urgentes, que exigem imediata manifestação judicial, há que se agir com prudência e razoabilidade, pois é de todos sabido que a petição apresentada mediante protocolo integrado não é juntada aos autos no mesmo dia. Por isso é assegurado ao advogado o direito de se dirigir diretamente ao magistrado (art. 7º, VIII, da Lei nº 8.906/94) e de peticionar por *fac-símile* ou outro meio de transmissão de dados (art. 1º da Lei nº 9.800/99), medidas singelas que, se adotadas, evitariam a realização da sessão de julgamento;

V - A defasagem da norma (CPP) não é causa de revogação. As inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil não podem ser aplicadas indiscriminadamente no

processo penal, principalmente quando tornarem ainda mais compassado o rito dos processos criminais;
VI - Agravo improvido.

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 regimental, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de março de 2017.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Presidente

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Presidente):

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo advogado Marcos Alves Pintar contra decisão desta Presidência que rejeitou liminarmente a exceção de suspeição oposta em face do Desembargador Federal Paulo Fontes em virtude de sua intempestividade.

O agravante alega, em síntese, que a decisão “considerou sem nenhum fundamento lógico ou racional que a data de início do julgamento corresponde à data de início da sessão, ao passo que em nenhum momento é demonstrado que a sessão de julgamento se iniciou antes da data do protocolo (14:01 horas)”. Aduz não ter sido analisado no caso concreto o momento exato em que se iniciou o julgamento de seu processo, de modo que a decisão é “ilegal, procurando inibir a interposição de exceções de suspeição, aplicando a surpresa como forma de julgamento já que na prática início de julgamento não se confunde com início da sessão de julgamento”.

Afirma que o Código de Processo Penal encontra-se superado, ao contrário do Código de Processo Civil, moderno e atual, que insere no ordenamento jurídico novos princípios processuais gerais, como o da colaboração, do contraditório substancial, da não surpresa e da primazia pelo julgamento de mérito. Assim, “dada (*sic*) o atraso científico do CPP, por força do art. 3º do Código de Processo Penal são aplicáveis os princípios gerais do processo civil introduzidos pelo CPC 2015, o que foi negado pela decisão ora impugnada”.

Diz ter havido negativa de vigência ao artigo 93, IX, da Constituição Federal e ao artigo 489, § 1º e incisos do CPC, combinado com o artigo 3º do CPP, pela falta de devida e adequada fundamentação, pois invocou precedente (RESP nº 955783) sem identificar seus fundamentos determinantes, ressaltando que o paradigma destoa da situação verificada no presente caso.

Argumenta ter havido afronta ao artigo 146 do CPC, combinado com o artigo 3º do CPP, pois a legislação processual penal encontra-se defasada e não detalha todas as hipóteses de suspeição de magistrados, tampouco estabelece prazo para a instauração do incidente. No processo contemporâneo, orientado pelo princípio da economia, “uma vez tendo-se ciência de que determinado julgador é suspeito para atuar, a suspeição ou mesmo o impedimento precisar (*sic*) serem alegados e conhecidos”, contudo, com racionalidade, propiciando condições para que a parte possa de forma eficaz e efetiva afastar o juiz parcial quando a parcialidade existe.

Aponta violação do artigo 95, I, do CPP, pois as exceções de suspeição são incidentes de

cognição exauriente, inexistindo outra oportunidade para se questionar a alegada parcialidade, razão pela qual deve ser facultado às partes todos os meios legais inerentes ao contraditório substancial e à ampla defesa, sem atropelos ou abreviações típicas da cognição sumária. Entende, assim, que as restrições criadas pela decisão recorrida são uma afronta à legislação processual, na medida em que impõe barreiras que tornam impossível o afastamento de um magistrado suspeito.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Presidente

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Presidente):

Insurge-se o agravante contra a decisão que rejeitou a sua exceção de suspeição em face da intempestividade.

A exceção de suspeição foi rejeitada pelo eminente Vice-Presidente deste C. Tribunal Regional Federal, em substituição regimental, em 03 de fevereiro de 2017. Constitui inteiro teor do julgado:

Ao contrário do que apregoa o excipiente, a exceção de suspeição apresentada não pode ser tida como tempestiva. Ao reverso, notória a intempestividade.

Com efeito, preceitua o artigo 282 do Regimento Interno desta Corte:

“Art. 282 - A argüição de suspeição do Relator poderá ser suscitada até 15 (quinze) dias após a distribuição, quando fundamentada em motivo preexistente; no caso de motivo superveniente, o prazo de 15 (quinze) dias será contado a partir do fato que ocasionou a suspeição. A argüição de suspeição do Revisor poderá ser suscitada em iguais prazos, após a conclusão; *a argüição de suspeição dos demais Desembargadores Federais, até o início do julgamento.*” - grifo inexistente no original.

De forma mendaz o excipiente afirma que “conforme se infere pelos autos, antes do início do julgamento o Excipiente ingressou com a exceção, protocolando a peça no dia 10 de outubro de 2016 no período da manhã” (fl. 813, item 4). Acontece que o protocolo da petição (fl. 04) deixa incontroverso que o incidente foi protocolado na Subseção Judiciária de São José do Rio Preto no dia 10.10.2016 às 14h01, portanto no período da tarde.

E, de acordo com o Regimento Interno, as sessões ordinárias começam às 14h00 (artigo 135), de modo que o incidente foi apresentado depois do início da sessão.

Não bastasse a hora do protocolo, deve-se ter em mente que a apelação no processo nº 003618-31.2009.4.03.6106 foi julgada no Tribunal, com sede na cidade de São Paulo, enquanto a exceção de suspeição foi apresentada na Subseção Judiciária de São José do Rio Preto, por meio do protocolo integrado. Óbvio, neste caso, que a existência da exceção de suspeição não chegaria - como não chegou - ao conhecimento dos integrantes do Órgão Especial antes do início do julgamento do apelo.

O dispositivo regimental que regulamenta o prazo para se apresentar exceção de suspeição de membro de órgão colegiado, ao dispor que o incidente deverá ser apresentado até o início do julgamento, tem por objetivo impedir o pronunciamento jurisdicional nulo ou anulável, viciado pela participação de desembargador impedido ou suspeito. Impede-se, assim, a análise inútil de um processo, já que toda discussão a respeito da matéria será estéril.

Não à toa que a legislação processual brasileira dispõe, a respeito do tema, que as alegações de impedimento e de suspeição devem ser formuladas antes da apreciação do pedido, isto é, antes da análise de mérito a ser feita com a sentença ou no julgamento da apelação. Inadmitte-se

a oposição de exceção de suspeição após o julgamento do processo, pois com isso estar-se-ia conspirando contra o princípio da segurança jurídica, que visa preservar as decisões emanadas do Poder Judiciário.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. PRAZO PARA OFERECIMENTO. CIÊNCIA DO FATO CAUSADOR DA SUSPEIÇÃO. PRIMEIRA MANIFESTAÇÃO NOS AUTOS. VEDAÇÃO DE ARGUIÇÃO APÓS INICIADO O JULGAMENTO DO FEITO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DAS DECISÕES JUDICIAIS. REEXAME QUANTO À DATA DA CIÊNCIA DA SUSCITADA SUSPEIÇÃO. SÚMULA Nº 07/STJ. INCIDÊNCIA.

1. A arguição de suspeição deve ser suscitada na primeira oportunidade em que couber à parte interessada se manifestar nos autos (§ 1º, do art. 138, do CPC), observado o prazo de até 15 (quinze) dias contados da data ciência do fato causador da alegada suspeição, (arts. 304 e 305, do CPC).

2. *In casu*, o aresto recorrido, baseando-se em certidão da Diretoria da Quinta Turma Cível do Tribunal de origem, concluiu que o quórum originário para julgamento do Agravo de Instrumento, no âmbito do qual surgiu a suscitada suspeição, dar-se-ia, pelo Relator, o 1º Vogal, na pessoa do Desembargador excepto, e do 2º Vogal pela Desembargadora que teve que se ausentar temporariamente e foi substituída por outro Desembargador.

3. Consectariamente, nos termos do aresto recorrido, que decidiu com ampla cognição fático-probatória, cuja revisão revela-se vedada em sede de recurso especial ante o óbice da Súmula nº 07/STJ, o excipiente tinha conhecimento da composição do órgão colegiado desde a distribuição do feito haja vista que o excepto integraria o quórum originário em nada afetando, para fins de suscitada suspeição, a substituição da Desembargadora ocorrida na data do julgamento do recurso.

4. A suspeição do julgador somente pode ser arguida enquanto não realizado o julgamento do feito. Inaugurar a possibilidade de apresentação da exceção após a prolação de voto de primeiro vogal conspiraria contra o Princípio da Segurança Jurídica que visa preservar as decisões judiciais. (Precedentes: AgRg na ExSusp 14/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/08/2003, DJ 22/09/2003 p. 248; REsp 151768/RN, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/1998, DJ 26/04/1999 p. 107 REsp 520.026/CE, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/11/2004, DJ 01/02/2005 p. 481 RMS 2022/RJ, Rel. MIN. CLÁUDIO SANTOS, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/09/1993, DJ 18/10/1993 p. 21871)

5. Diversa seria a hipótese se a suposta suspeição adviesse da substituição de Desembargador que não compareceu na sessão de julgamento do feito. Todavia a revisão do julgado, *in casu*, revela-se incabível haja vista que a *exceptio suspicionis*, rejeitada pela instância *a quo* à luz de elementos fático-probatórios, interdita o E. STJ invadir a questão de prova, obstada pela Súmula 07 da Corte.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.”

(STJ, REsp 955783/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06.05.2010, DJe 20.05.2010) - grifo meu.

Assim, considerando a inobservância das normas regimentais, forçoso o reconhecimento da intempestividade do incidente. Como corolário, deixo de apreciar os argumentos meritórios veiculados pelo excipiente diante da manifesta prejudicialidade dos mesmos.

Ante o exposto, dada a manifesta intempestividade, REJEITO LIMINARMENTE a presente exceção de suspeição, nos termos do artigo 285, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Publique-se.

Intimem-se.

Comunique-se.

Decorrido o prazo recursal, arquivem-se.

Justifica-se a fixação de um prazo para a oposição da exceção de suspeição, até o início do julgamento da causa, para evitar a atuação jurisdicional inócua, relegando toda a liturgia da sessão de julgamento a um mero teatro.

No processo em que tacha o eminente Desembargador Federal Paulo Fontes de suspeito (processo nº 0003618-31.2009.4.03.6106) o agora excipiente foi devidamente intimado a respeito do dia em que ocorreria a sessão de julgamento. Mesmo assim, deixou para apresentar a sua exceção de suspeição depois de iniciada a sessão de julgamento e, ainda assim, o fazendo mediante protocolo integrado.

O protocolo integrado tem por fim facilitar o acesso ao tribunal, permitindo que advogados de cidades distantes recorram sem ter que se deslocar para a capital. Porém, em *casos urgentes*, que exigem *imediate manifestação judicial*, há de se agir com *razoabilidade e prudência*, pois é de conhecimento comum que a petição protocolizada via protocolo integrado não é juntada imediatamente aos autos e tampouco chega ao conhecimento do magistrado no exato momento em que o advogado a apresenta no balcão da secretaria.

Por isso que é assegurado ao advogado dirigir-se diretamente aos magistrados (artigo 7º, VIII, da Lei nº 8.906/94) e apresentar petição mediante *fac-símile* ou outro meio de transmissão de dados (artigo 1º da Lei nº 9.800/99). A adoção de medidas singelas como as mencionadas evitaria, certamente, a realização de uma sessão de julgamento que poderia, em tese, contar com a participação de magistrado suspeito ou impedido.

Assim, ao meu juízo, nada justifica a alegação do agravante de que o protocolo integrado, realizado às 14h01 na Subseção Judiciária de São José do Rio Preto, teria o condão de cumprir, à exatidão da *mens legis* do CPP, do CPC e do RITRF no que se referem ao tema, o prazo para apresentar exceção de suspeição de membro de tribunal e evitar a contento o julgamento de seu processo.

Não se trata, ao reverso do que costumeiramente alega o agravante, de emparedamento para não conhecer de nenhuma de suas exceções de suspeição. Trata-se, a bem da verdade, de agir de acordo com os cânones processuais.

Portanto, a regra processual é uma só: a exceção de suspeição, no tribunal, deve ser apresentada antes do início do julgamento. Chegando ao conhecimento dos magistrados apenas depois de encerrada a sessão, como no caso dos autos, solução não restará senão o reconhecimento de sua intempestividade.

Com relação à aplicação do CPC no processo penal, o agravante deve ter em mente que a defasagem temporal do CPP, por si só, não é causa de revogação da norma. Deveras, constitui regra basilar do ordenamento jurídico pátrio que *não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue* (artigo 2º do Decreto-Lei nº 4.657/42, com a redação dada pela Lei nº 12.376/2010, conhecida como Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). Logo, previsões contidas no Novo CPC que colidam com o CPP devem ser analisadas à luz da especialidade, pois, como bem destacou a eminente Ministra Cármen Lúcia, “O processo penal tem princípios, regras e conteúdos distintos do processo civil, razão pela qual não é possível aplicar indistintamente as normas do segundo sobre o primeiro, sob pena de subverter a lógica processual com base na qual foi construído o processo penal” (Conselho Nacional de Justiça, Reclamação para Garantia das Decisões 0006866-92.2016.2.00.02000). Neste diapasão, não podem ser admitidos *indiscriminadamente* no processo penal preceitos inovadores introduzidos pelo novo Código de Processo Civil que possam tonar ainda mais compassado o rito dos processos envolvendo a prática de crimes.

De outra banda, o argumento trazido pelo agravante de que não houve fundamentação, ou de que esta foi inadequada, violando, assim, o artigo 93, IX, da CF e o artigo 489, § 1º e incisos do CPC, combinado com o artigo 3º do CPP, não encontra amparo, restando absolutamente vazio.

O precedente do STJ invocado na decisão monocrática (RESP nº 955783) coaduna-se com a situação vivenciada nos autos, na qual o conhecimento da existência da exceção de suspeição só chegou ao conhecimento dos desembargadores envolvidos depois de encerrado o julgamento.

Os demais argumentos apresentados pelo agravante em nada modificam o *decisum*.

Não há que se falar em violação ao artigo 146 do CPC, que fixa o prazo de 15 (quinze) dias, partir do conhecimento do fato, para a parte apresentar exceção de suspeição. Como já dito anteriormente, a exceção tem que ser apresentada até o início do julgamento e, na espécie, só chegou ao tribunal depois de encerrada a sessão.

Por fim, o fato de a exceção de suspeição ser um processo de cognição exauriente, tal qual alegado pelo agravante no item 53 de seu recurso (fl. 843), não dispensa a observância de pressupostos legais de admissibilidade, como a tempestividade.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* ao agravo regimental.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Presidente

“HABEAS CORPUS”
0001396-94.2017.4.03.0000
(2017.03.00.001396-0)

Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Paciente: JOÃO DOMINGOS SANTOS (réu preso)
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Classe do Processo: HC 70492
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/04/2017

EMENTA

HABEAS CORPUS. CONTRABANDO. VENDEDOR AMBULANTE. PRISÃO PREVENTIVA. DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. ORDEM CONCEDIDA.

A despeito da existência de prova da prática delitativa e de indícios de autoria e apesar de a pena máxima cominada ao delito de contrabando ser de 05 (cinco) anos de reclusão (art. 313, I, do CPP), a privação da liberdade de locomoção do paciente mostra-se excessiva.

In casu, verifica-se que o acusado trata-se de vendedor ambulante que se encontrava comercializando cigarros na Estação Dom Pedro II do metrô, sendo que, em seu interrogatório perante a Polícia Civil do Estado de São Paulo, admitiu que comprava os cigarros de camelôs do Brás, pagando por cada pacote a quantia de R\$ 17,00 e vendendo ao consumidor final por R\$ 20,00. Em seu poder foram encontrados 12 pacotes de cigarros que, ao que consta, não podem ser vendidos no Brasil.

Ainda que se considere que o acusado possui outros dois inquéritos policiais pelo mesmo delito, perpetrados respectivamente em 13/02/2015 e 09/06/2016, as circunstâncias do flagrante e o próprio depoimento do acusado demonstram que não se trata de pessoa responsável pela carga de grande quantidade de cigarros contrabandeados para abastecimento do comércio ilegal, mas sim de vendedor ambulante que revendia para o consumidor final a mercadoria contrabandeada, demonstrando a desproporcionalidade da medida cautelar restritiva de liberdade.

A necessidade de assegurar a instrução criminal, ordem pública ou a aplicação da lei penal pode ser garantida, de forma suficiente e adequada, por uma medida menos gravosa.

Ordem concedida para tornar definitiva a decisão liminar que revogou a prisão preventiva do paciente e a substituiu por medidas cautelares diversas da prisão.

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, conceder a ordem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de março de 2017.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de João Domingos Santos contra ato do Juízo Federal da 9ª Vara Criminal federal da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, praticado nos autos do inquérito policial nº 0000668-37.2017.403.6181.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática do delito de descaminho/contrabando, uma vez teria sido flagrado na posse de 12 (doze) pacotes de cigarro, cuja comercialização é proibida no país.

Realizada audiência de custódia em 27 de janeiro de 2017, a Defensoria Pública da União, atuando na defesa do indiciado, pleiteou a concessão de liberdade provisória, aduzindo, em síntese, que se trata de crime de menor importância, dada a sua natureza, que não pressupõe para a sua consumação violência ou grave ameaça à pessoa, bem como diante da ínfima quantidade de cigarros apreendidos, o que poderia, em tese, ensejar a atipicidade material da conduta.

O Ministério Público Federal, a seu turno, concordou com o requerimento da defesa, acrescentando que se trata de fato que denota baixa periculosidade, aduzindo, ainda, que o momento atual que atravessa o sistema carcerário brasileiro não favorece o encarceramento de pessoas às quais se atribui delitos dessa índole. Entendeu que, diante da conjuntura retratada, a manutenção do paciente no cárcere seria desnecessária.

Mesmo diante da concordância ministerial com o pleito do impetrante, a autoridade coatora decretou a prisão preventiva do paciente. O fundamento eleito para justificar a medida foi a garantia da ordem pública, porque o paciente consta como indiciado outras duas vezes em razão de supostos delitos da mesma índole.

Diante disso, a impetração aduz que o paciente está sendo submetido a constrangimento ilegal, em síntese, sob o fundamento de que não se encontram presentes os requisitos da prisão preventiva presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Aponta-se que o particular caso em concreto denota a desproporção da imposição de prisão preventiva ao acusado, eis que foi o acusado encontrado na posse de 12 (doze) pacotes de cigarro, ou seja, 120 (cento e vinte) maços. Assim, claramente não se trata de um grande carregamento, que visava abastecer o comércio ilegal de produtos fumígenos, mas sim de conduta que poderia até mesmo ensejar o reconhecimento da sua atipicidade material, porque insignificante. A Defensoria Pública da União aponta, inclusive, que esse é o entendimento da Orientação Nº 25/2006 DA 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, que considera como insignificante a conduta quando a quantidade apreendida não superar 153 maços.

A impetração aponta ainda que, diante da gravidade do crime e suas consequências, certamente o resultado final do processo não será o encarceramento do paciente, o que torna a medida cautelar ora imposta absolutamente desproporcional.

Por fim, o impetrante indica que não restou justificada a razão pela qual nenhuma das medidas cautelares alternativas à prisão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal seria adequada ao caso concreto.

Pede, liminarmente, a revogação da prisão do paciente, expedindo-se o competente alvará de soltura, ou, ainda, eventualmente, a fixação de quaisquer das medidas alternativas. Ao final, pugna pela concessão da ordem, tornando definitiva a liminar.

Juntou documentos de fls. 15/35.

A decisão liminar de fls. 37/38 deferiu a liminar, expedindo alvará de soltura clausulado em favor do paciente e fixando as seguintes medidas cautelares diversas da prisão: a) comparecimento mensal em juízo para justificar suas atividades e b) proibição de ausentar-se da cidade onde vive por mais de 15 (quinze) dias, sem autorização do juízo.

A autoridade impetrada prestou informações a fls. 42/47.

O parecer do Ministério Público Federal de fls. 49/51 opinou pela denegação da ordem. É o sucinto relatório. Decido.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora):

A decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva em sede de Audiência de Custódia está assim vazada:

(...) A conversão do flagrante em prisão preventiva é medida que se impõe. A prova da existência do crime foi acima analisada. Há indícios de autoria, consoante os depoimentos do condutor Odair José Silva Rosa de Oliveira (fls. 04) e da testemunha Alexandre Regueira Bertolo (fls. 06), ambos policiais civis. Presente, pois, o *fumus comissi delicti*. Quanto ao *periculum libertatis*, a constrição da liberdade do investigado é necessária para garantir a ordem pública, eis que o indiciado já foi preso em flagrante por pelo menos duas vezes pela prática eventual de contrabando, conforme folha de antecedentes desta Justiça Federal. Dessa forma, em que pese a manifestação do MPF e o pedido da DPU, referindo-se à pequena quantidade de cigarros, verifico que a medida restritiva não é suficiente para que o Declarante cesse a atividade delitiva. Encontram-se atendidos, portanto, os requisitos dos artigos 282, 312 e 313, *caput*, inciso I, todos do Código de Processo Penal. Não se revela cabível, no momento, a liberdade provisória, tampouco a aplicação de qualquer medida cautelar diversa da prisão (art. 319 do Código de Processo Penal), diante dos fatos já elencados. Converto, assim, a prisão em flagrante do investigado em prisão preventiva, diante dos fundamentos expostos.

No particular, a despeito da existência de prova da prática delitiva e de indícios de autoria e apesar de a pena máxima cominada ao delito de contrabando ser de 05 (cinco) anos de reclusão (art. 313, I, do CPP), a privação da liberdade de locomoção do paciente mostra-se excessiva.

In casu, verifica-se que o acusado trata-se de vendedor ambulante que se encontrava comercializando cigarros na Estação Dom Pedro II do metrô, sendo que, em seu interrogatório perante a Polícia Civil do Estado de São Paulo, admitiu que comprava os cigarros de camelôs do Brás, pagando por cada pacote a quantia de R\$ 17,00 e vendendo ao consumidor final por R\$ 20,00. Em seu poder foram encontrados 12 pacotes de cigarros que, ao que consta, não podem ser vendidos no Brasil.

Assim, ainda que se considere que o acusado possui outros dois inquéritos policiais pelo mesmo delito, perpetrados respectivamente em 13/02/2015 e 09/06/2016, as circunstâncias delitivas em que foi flagrantado demonstram a desproporcionalidade da medida cautelar restritiva de liberdade.

Como pertinentemente apontado pelo Ministério Público Federal na ocasião da audiência de custódia, o sistema carcerário brasileiro encontra-se em momento bastante delicado, sendo que o Poder Judiciário não deve abster-se da realidade e determinar o encarceramento de pessoas às quais se atribui delitos dessa índole, perpetrados sem violência ou grave ameaça e, especialmente, *in casu*, no qual as circunstâncias do flagrante e o próprio depoimento do acusado demonstram que não se trata de pessoa responsável pela carga de grande quantidade de cigarros contrabandeados para abastecimento do comércio ilegal, mas sim de vendedor ambulante que revendia para o consumidor final a mercadoria contrabandeada.

A necessidade de assegurar a instrução criminal, ordem pública ou a aplicação da lei penal pode ser garantida, de forma suficiente e adequada, por uma medida menos gravosa.

Fixo, portanto, as seguintes medidas cautelares diversas da prisão: a) comparecimento mensal em juízo para justificar suas atividades e b) proibição de ausentar-se da cidade onde vive por mais de 15 (quinze) dias, sem autorização do juízo.

DESSA FORMA, concedo a ordem para tornar definitiva a decisão liminar que revogou a prisão preventiva do paciente e a substituiu por medidas cautelares diversas da prisão.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

Direito Tributário



APELAÇÃO CÍVEL
0026641-14.2015.4.03.6100
(2015.61.00.026641-7)

Apelante: ACE SEGURADORA S/A
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: AMS 364828
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/04/2017

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. SEGURADORA. RECEITAS FINANCEIRAS. LEI 12.973/14. ARTIGO 52. INCIDÊNCIA.

1. Cinge-se a questão dos presentes autos acerca de pleito relativo à exclusão, das bases de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, do valor correspondente às receitas financeiras auferidas em decorrência de aplicações financeiras realizadas para cumprimento de obrigações regulatórias ou de investimentos financeiros realizados por mera liberalidade, bem como à respectiva restituição/compensação.

2. Conforme já assinalado, em decisão firmada nos autos do AI 2016.03.00.001730-3/SP, em que examinava pedido de concessão de efeito suspensivo contra liminar indeferida nos autos do presente *mandamus*, em relação à incidência de PIS e COFINS sobre receitas financeiras, há que se observar que no RE 400.479/RJ, o C. STF em voto proferido pelo Exm^o Ministro CEZAR PELUSO, ao tratar da evolução do conceito de faturamento afirmou que este abrangeria não apenas a venda de mercadorias e serviços, mas também todas as demais atividades integrantes do objeto social das empresas.

3. Nesse compasso, oportuno anotar que a Lei n^o 12.973/14, em seu artigo 52 (o qual alterou o artigo 3^o, da Lei n^o 9.718/98), ampliou a conceituação de faturamento, nos mesmos moldes adotados pela legislação de regência do Imposto de Renda, *verbis*: “Art. 52 A Lei n^o 9.718, de 27 de novembro de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações: ‘Art. 3^o O faturamento a que se refere o art. 2^o compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei n^o 1.598, de 26 de dezembro de 1977.’ (...)”.

4. E o referido artigo 12 do Decreto-Lei n^o 1.598/77, *verbis*: “Art. 12. A receita bruta compreende: (Redação dada pela Lei n^o 12.973, de 2014) I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria; (Incluído pela Lei n^o 12.973, de 2014); II - o preço da prestação de serviços em geral; (Incluído pela Lei n^o 12.973, de 2014); III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e (Incluído pela Lei n^o 12.973, de 2014); IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III. (Incluído pela Lei n^o 12.973, de 2014)”.

5. Embora a ora apelante alegue que o caso apresentado nos autos refira-se aos juros sobre as suas “reservas técnicas”, distinguindo-se, portanto, da aplicação do entendimento com relação às “receitas financeiras”, reafirma-se o entendimento esposado já pelo MM. Juízo *a quo*, no sentido de que as questões devem ser tratadas de igual forma.

6. A par disso, com efeito, não se vislumbra relevância na fundamentação da impetrante quando alega que os juros percebidos das “reservas técnicas”, desde que não materializado o risco, perdem sua característica de receita operacional, visto que “desconectados” de seu objeto social.
7. Ora, o que se verifica, em razão da atividade de toda seguradora que, por certo envolve “riscos”, é que os órgãos competentes para fiscalizar os referidos entes (seguradoras) determinam que estes apliquem os valores pagos pelos segurados, como “reservas técnicas”, para, justamente, assegurar o pagamento da quantia contratada ao segurado.
8. Assim decorre clara a ilação de que os juros oriundos destas aplicações estão ligados à atividade desenvolvida pela seguradora, no conceito adotado pela Suprema Corte, “de exercício das atividades empresariais”.
9. Desse modo, não se constata qualquer ilegalidade na cobrança do PIS e da COFINS no caso apresentado nos autos, visto que perfeitamente amoldado aos dizeres da legislação em comento.
10. Destarte, diante de todo o contexto normativo e jurisprudencial, resta indene de dúvidas de que as rubricas aqui guerreadas atraem, notadamente à luz da legislação de regência, a incidência do PIS e da COFINS, nos moldes ora explicitados.
11. Precedentes desta Corte: AI 2016.03.00.000021-2/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, decisão de 13/01/2016. D.E. 19/01/2016; e AI 2015.03.00.023931-9/SP, Relator Desembargador Federal CARLOS MUTA, decisão de 11/12/2015, D.E. 18/12/2015, entre outros.
12. 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 unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 05 de abril de 2017.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de mandado de segurança em que a impetrante busca provimento jurisdicional que exclua, das bases de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, o valor correspondente às receitas financeiras auferidas em decorrência de aplicações financeiras realizadas para cumprimento de obrigações regulatórias ou de investimentos financeiros realizados por mera liberalidade, declarando-se, ainda, o direito à restituição/compensação com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, em relação aos valores recolhidos indevidamente a título de PIS e COFINS, relativamente aos períodos nos 05 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da presente demanda, devidamente corrigidos pela Taxa Selic.

O MM. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, denegando a segurança.

Irresignada, recorreu a impetrante, reproduzindo, em apertada síntese, as alegações expandidas à inicial.

Com contrarrazões, subiram os autos este Tribunal.

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

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

O recurso não merece prosperar.

Cinge-se a questão dos presentes autos acerca de pleito relativo à exclusão, das bases de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, do valor correspondente às receitas financeiras auferidas em decorrência de aplicações financeiras realizadas para cumprimento de obrigações regulatórias ou de investimentos financeiros realizados por mera liberalidade, bem como à respectiva restituição/compensação.

Conforme já assinalado, em decisão firmada nos autos do AI 2016.03.00.001730-3/SP, em que examinava pedido de concessão de efeito suspensivo contra liminar indeferida nos autos do presente *mandamus*, em relação à incidência de PIS e COFINS sobre receitas financeiras, há que se observar que no RE 400.479/RJ, o C. STF em voto proferido pelo Exm^o Ministro CEZAR PELUSO, ao tratar da evolução do conceito de faturamento afirmou que este abrangia não apenas a venda de mercadorias e serviços, mas também todas as demais atividades integrantes do objeto social das empresas.

Nesse compasso, oportuno anotar que a Lei n^o 12.973/14, em seu artigo 52 (o qual alterou o artigo 3^o, da Lei n^o 9.718/98), ampliou a conceituação de faturamento, nos mesmos moldes adotados pela legislação de regência do Imposto de Renda, *verbis*:

Art. 52 A Lei n^o 9.718, de 27 de novembro de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações: 'Art. 3^o O faturamento a que se refere o art. 2^o compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei n^o 1.598, de 26 de dezembro de 1977.'

(...)

E o referido artigo 12 do Decreto-Lei n^o 1.598/77, *verbis*:

Art. 12. A receita bruta compreende: (Redação dada pela Lei n^o 12.973, de 2014)

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria; (Incluído pela Lei n^o 12.973, de 2014)

II - o preço da prestação de serviços em geral; (Incluído pela Lei n^o 12.973, de 2014)

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e (Incluído pela Lei n^o 12.973, de 2014)

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III. (Incluído pela Lei n^o 12.973, de 2014)

Embora a ora apelante alegue que o caso apresentado nos autos refira-se aos juros sobre as suas "reservas técnicas", distinguindo-se, portanto, da aplicação do entendimento com re-

lação às “receitas financeiras”, entendo, tal como o juízo singular, que as questões devem ser tratadas da mesma forma.

A par disso, com efeito, não se vislumbra relevância na fundamentação da impetrante quando alega que os juros percebidos das “reservas técnicas”, desde que não materializado o risco, perdem sua característica de receita operacional, visto que “desconectados” de seu objeto social.

Ora, o que se verifica, em razão da atividade de toda seguradora que, por certo envolve “riscos”, é que os órgãos competentes para fiscalizar os referidos entes (seguradoras) determinam que estes apliquem os valores pagos pelos segurados, como “reservas técnicas”, para, justamente, assegurar o pagamento da quantia contratada ao segurado.

Assim decorre clara a ilação de que os juros oriundos destas aplicações estão ligados à atividade desenvolvida pela seguradora, no conceito adotado pela Suprema Corte, “de exercício das atividades empresariais”.

Desse modo, não constato qualquer ilegalidade na cobrança do PIS e da COFINS no caso apresentado nos autos, visto que perfeitamente amoldado aos dizeres da legislação em comento.

Neste exato sentido, tem caminhado a jurisprudência desta C. Corte, conforme se verifica da decisão monocrática proferida pela Exm^o Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, nos autos do AI nº 2016.03.00.000021-2, cujos excertos ora peço vênia para transcrever, *verbis*:

Trata-se de agravo de instrumento interposto por LIBERTY SEGUROS S/A e INDIANA SEGUROS S/A em face de decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu o pedido liminar formulado sob o entendimento de que a alteração legislativa não teve o condão de inovar no ordenamento jurídico, de tal forma que o conceito de faturamento abrange todas as receitas decorrentes de atividades empresariais típicas, o que, no caso das agravantes, abrange as receitas financeiras oriundas dos ativos garantidores e as aplicações livres.

(...)

É o relatório.

(...)

No caso, não vislumbro a presença dos requisitos que autorizam o deferimento do pedido formulado pelas agravantes.

Deveras, para a solução da questão que ora se põe torna-se imprescindível analisar se o PIS e a COFINS incidentes sobre as receitas cuja exigibilidade pretende ver suspensas as agravantes referem-se ao seu objeto principal.

Nesse sentido, cabe anotar que somente a partir da análise do objeto social da pessoa jurídica é possível concluir se um determinado ingresso de recurso se enquadra ou não no conceito de faturamento ou receita bruta, tendo em vista o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que faturamento corresponde à receita operacional, ou seja, receita decorrente do exercício de suas atividades empresariais. Nesse sentido:

“Recurso. Extraordinário. COFINS. Locação de bens imóveis. Incidência. Agravo regimental improvido. O conceito de receita bruta sujeita à exação tributária envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais (RE 371258 AgR, DJ 03/10/2006).”

O conceito de faturamento acatado pelo E. STF, afastada por ora a questão atinente ao suposto alargamento indevido da base de cálculo promovida pela Lei nº 12.973/14, exclui tão somente as receitas não operacionais, aquelas não decorrentes da atividade regular explorada pela sociedade contribuinte. Assim, ao menos antes de sua entrada em vigor, a incidência do PIS e da COFINS é afastada apenas quanto às receitas não provenientes das atividades típicas e características da empresa.

No caso concreto, estão ausentes documentos que permitam aferir, com o recomendado grau de certeza, se as receitas especificadas pelas agravantes integram o faturamento, dado que ausentes os contratos sociais das mesmas. Contudo, dada sua área de atuação - empresas seguradoras - em análise sumária, verifico que, em tese, se enquadram no conceito de faturamento. Assim, no caso em tela, as autoras atuam no ramo de seguros, o qual detém, em princípio, no seu faturamento, todas as receitas decorrentes do exercício das atividades às quais encontram-se voltadas, englobando, nesse compasso, as receitas decorrentes de aplicações de reservas técnicas e capitais livres, e não somente limitando-se às operações de venda de mercadorias e prestação de serviços.

(...)

Da análise da legislação, conclui-se que, em relação às instituições financeiras ou entidades a ela equiparadas, como no caso das recorrentes e mesmo antes da entrada em vigor da Lei nº 12.973/14, a exclusão da incidência do PIS e da COFINS não abarca, em princípio, as receitas decorrentes de aplicações de recursos e reservas técnicas.

Ao julgar os Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 444.601, opostos por entidade de previdência privada, o Supremo Tribunal Federal deixou claro seu posicionamento restrito quanto aos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da Lei 9.718/98, no que tange às instituições financeiras e demais sociedades equiparadas (artigo 22, § 1º, da Lei 8.212/91):

(...)

Esta Corte em relação à incidência do PIS e da COFINS sobre as atividades típicas desenvolvidas por instituições financeiras, manifestou-se nos seguintes termos:

“TRIBUTÁRIO. COFINS. ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 9718/98. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. RECEITAS OPERACIONAIS TÍPICAS. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES.

- Verifica-se que o juiz *a quo* concedeu a liminar para afastar a incidência do PIS e da COFINS nos termos do artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Contra essa decisão foi interposto o Agravo de Instrumento nº 2006.03.00.060042-8, o qual foi posteriormente convertido em retido. Manejado pedido de reconsideração, foi indeferido. No entanto, referida medida foi posteriormente revogada pela sentença, cuja apelação apresentada foi recebida tão somente no efeito devolutivo. Assim, o agravo retido está prejudicado. Ainda que assim não fosse, tal recurso não foi reiterado por meio de apelo.

- A questão relativa às alterações promovidas pela Lei nº 9.718/98 foi decidida pelo Tribunal Pleno da Corte Suprema, na análise do Recurso Extraordinário nº 585.235, efetuada sob o regime da Lei nº 11.418/06, concernente ao julgamento de recursos repetitivos, que entendeu que o artigo 3º, § 1º, é inconstitucional, pois ampliou a base de cálculo da COFINS e modificou o conceito de faturamento, em desrespeito ao artigo 195, inciso I e § 4º, da Constituição Federal, para nele fazer compreender a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica.

- Posteriormente, o próprio legislador o revogou por meio do artigo 79, inciso XII, da Lei nº 11.941/2009. Frise-se que a Emenda Constitucional nº 20/1998, que alterou o artigo 195 e colocou a receita ao lado do faturamento como base de cálculo das contribuições sociais, não pôde legitimar a lei de 1998, porque lhe é posterior.

- Ocorre que a discussão vai além. O relator do citado Recurso Extraordinário nº 585.235, Ministro Cezar Peluso, do mesmo modo que já havia asseverado em outros feitos, como no Recurso Extraordinário nº 400.479, relacionou o conceito de faturamento à ‘soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais’, com o que, no caso da impetrante - instituições financeiras e equiparadas -, o PIS e a COFINS incidem sobre as chamadas receitas financeiras, exatamente a tese defendida pela União. No entanto, os contribuintes alegam que essa cobrança é indevida, eis que o conceito de faturamento constitucionalmente adotado não abrange as receitas financeiras, mas tão somente o produto da venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. A matéria não está pacificada. Filio-me à tese segundo a qual o faturamento engloba as receitas oriundas do exercício das operações empresariais típicas.

- Esse o entendimento que melhor harmoniza-se com a Lei Maior. *A idéia de faturamento está intrinsecamente relacionada ao resultado financeiro decorrente do exercício das atividades principais das empresas, ou seja, aquelas vinculadas ao seu objeto e que se referem, em regra, à maior parcela da entrada de valores da pessoa jurídica, em respeito aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva e também aos que regem a seguridade social, como da universalidade, solidariedade e equidade na forma de participação do custeio.*

- Não há que se falar, por conseguinte, em afronta ao artigo 110 do Código Tributário Nacional, porquanto, no caso concreto, as receitas financeiras integram o faturamento da impetrante.

- Dessa forma, deve ser reconhecida a legalidade da exação sobre o faturamento da apelante, entendido este como o resultado do exercício de suas atividades típicas, razão pela qual remanescem válidas as disposições dos §§ 5º e 6º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98. De outro lado, em relação ao produto decorrente da prestação de serviços outros, que não os relativos ao seu objeto social, é de rigor o reconhecimento da inexigibilidade do débito, à vista da declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 pelo Supremo Tribunal Federal.

- Apelação parcialmente provida”.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AMS 0011829-79.2006.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, julgado em 12/12/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/05/2014)

...

Diante de tais elementos, ainda que afastada a questão atinente ao alegado alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS pela Lei nº 12.973/14, o entendimento que, ao menos por ora, deve prevalecer, ainda mais quando ausente comprovação documental do objeto social das agravantes, é o de que as receitas decorrentes de aplicação de capitais livres e reserva técnica enquadra-se no conceito de faturamento e deve, portanto, compreender a base de cálculo do PIS e da COFINS por elas devidos.

Ante o exposto, *indeferiro* a antecipação da tutela recursal pleiteada.

(...)

(AI 2016.03.00.000021-2/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, decisão de 13/01/2016. D.E. 19/01/2016; destaques no original)

Em igual passo, o Exmº Desembargador Federal CARLOS MUTA, no AI 2015.03.00.023931-9, *verbis*:

Trata-se de agravo de instrumento ao indeferimento de liminar, em mandado de segurança, objetivando suspender “a exigibilidade do PIS e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras oriundas dos ativos garantidores (reservas técnicas) mantidos pela agravante, cobrados, a partir de 01/01/2015, com esteio na Lei 12.973/2014, na forma do art. 151, IV do Código Tributário Nacional, bem como ordem para que ‘o agravado não realize qualquer medida violadora desse direito, como a inscrição em dívida ativa e cobrança executiva dos valores questionados, além de outros atos, tais como a inscrição do nome da agravante no CADIN ou o indeferimento do pedido de Certidão Conjunta Negativa de Débitos (artigo 205 e/ou 206 do CTN)’ (f. 17)”.

(...)

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento nos termos do artigo 557 do CPC.

Com efeito, na sumária cognição permitida à presente via recursal, não se verifica, *prima facie*, a relevância jurídica das alegações da agravante, de modo a satisfazer o requisito pertinente à concessão da liminar pretendida.

De fato, consolidada jurisprudência do STF quanto à abrangência das receitas advindas das atividades típicas da empresa no conceito de faturamento e receita bruta (grifos nossos):

AI 859004 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 20/10/2015:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO. VALORES TRANSFERIDOS A TERCEIROS. ARTIGO 3º, § 2º, III, DA LEI Nº 9.718/1998. INTERPRETAÇÃO DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE EXTRAORDINÁRIA. FATURAMENTO. RECEITA DECORRENTE DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES EMPRESARIAIS. ARTIGO 5º, XXXV, DA CONSTITUIÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.”

RE 853463 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJeDE 18/09/2015:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PIS E COFINS. TAXAS E COMISSÕES PAGAS ÀS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO. RECEITA BRUTA E FATURAMENTO. TOTALIDADE DOS VALORES AUFERIDOS COM A VENDA DE MERCADORIAS, DE SERVIÇOS OU DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Nos termos da jurisprudência da Corte, *incide Pis e Cofins sobre a totalidade dos valores auferidos no exercício das atividades empresariais do contribuinte.*

2. Agravo regimental a que se nega provimento.”

RE 827484 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 30/04/2015:

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Prequestionamento. Ausência. Tributário. Prazo prescricional para repetição. LC nº 118/05. Taxa de administração de cartão de crédito. PIS e COFINS. Receita bruta e faturamento. Sinônimos. Precedentes.

1. Não se admite o recurso extraordinário quando o dispositivo constitucional que nele se alega violado não está devidamente prequestionado. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356/STF.

2. A orientação firmada no RE nº 566.621/RS reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC nº 118/05, considerando válida a aplicação do novo prazo de 5 anos, tão somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005, situação na qual se enquadra o presente feito.

3. *O STF firmou o entendimento de que a receita bruta e o faturamento, para fins de definição da base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS, são termos sinônimos e consistem na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, assim entendido como a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.*

4. Agravo regimental não provido.”

RE 371258 AgR, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ de 27/10/2006:

“RECURSO. Extraordinário. COFINS. Locação de bens imóveis. Incidência. Agravo regimental improvido. *O conceito de receita bruta sujeita à exação tributária envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais*”.

(...)

Na espécie, insurge-se a agravante, empresa que “tem por objeto social operar em resseguro e retrocessão” (nos termos do artigo 3º de seu contrato societário, f. 32), com a inclusão, na base de cálculo do PIS e da COFINS, dos juros percebidos por investimentos destinados à manutenção de seus ativos garantidores.

A aplicação financeira de valores pelas seguradoras e resseguradoras, para fim de constituição de reservas técnicas à garantia de suas obrigações, é investimento compulsório, determinado pela legislação de regência da matéria.

(...)

Claro, portanto, que a aplicação financeira de valores para a manutenção de ativo garantidor não é investimento discricionário, mas, pelo contrário, integra a própria atividade das seguradoras, enquanto requisito do próprio exercício empresarial, na forma em que regulamentado pelo ordenamento pátrio.

Nestes termos, o estabelecimento de reserva técnica é, a toda vista, atividade típica da segu-

radadora (ou resseguradora), receita que se afigura, no caso em exame, de cunho operacional. Perceba-se, neste liame, que não há identidade entre “atividade típica” e “atividade-fim”. Assim, a agravante não tem por objetivo a aplicação financeira de ativos, mas por certo se trata de atividade inerente ao seu exercício empresarial.

Consolidada a jurisprudência regional neste sentido:

AMS 00195390920134036100, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, e-DJF3 de 06/03/2015: “TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. PIS E COFINS. LEI Nº 9.718/98. SEGURADORA. ART. 22, § 1º, LEI 8.212/91. BASE DE CÁLCULO. ATIVOS GARANTIDORES DE RESERVA TÉCNICA. RECEITA BRUTA OPERACIONAL. INCIDÊNCIA. SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 91 DA SRF EM SÃO PAULO.

1. Em relação à aplicação da Lei nº 9.718/98 às empresas de seguros privados, como é o caso da impetrante, o C. STF manteve incólume o *caput* do art. 3º, nos termos do RE 357.950.

2. Em suma, as seguradoras não são beneficiadas pela declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, pelo Supremo Tribunal Federal, por se sujeitarem a regramento próprio (arts. 2º e 3º, *caput* e parágrafos 5º e 6º, da Lei 9.718/98).

3. Especificamente no caso de empresas de seguros privados, cumpre ressaltar, que a própria Lei nº 9.718/98, em seu art. 3º, § 6º, II, prevê quais são as deduções e exclusões possíveis na determinação da base de cálculo do PIS e da Cofins, a saber: o valor referente às indenizações correspondentes aos sinistros ocorridos, efetivamente pago, deduzido das importâncias recebidas a título de cosseguro e resseguro, salvados e outros ressarcimentos.

4. na hipótese dos autos, a incidência das contribuições ao PIS e à Cofins sobre as receitas financeiras oriundas dos Ativos Garantidores de Reservas Técnicas é medida que se impõe, pois tais valores resultam da atividade empresarial típica da seguradora, resultantes de parte dos prêmios captados de seus clientes e investidos no mercado financeiro, integrando, desta feita, o seu faturamento.

5. Tal entendimento restou consignado na Solução de Consulta nº 91, publicada pela Superintendência da Receita Federal em São Paulo, segundo a qual as receitas de seguradoras geradas com a aplicação de valores reservados ao pagamento de sinistros são tributadas pelo PIS e pela Cofins.

6. Segundo interpretação dada pela Receita Federal, o rendimento proveniente das reservas técnicas é resultado de uma obrigação inerente ao negócio das seguradoras e, portanto, faz parte das receitas operacionais, sobre as quais incide PIS e Cofins.

7. Resta, portanto, prejudicado o pedido de restituição/compensação, face à inexistência do indébito.

8. Apelação improvida.”

AC 00034253920064036100, Rel. Juiz Conv. MARCELO GUERRA, e-DJF3 de 06/02/2015: “CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COFINS. LEI Nº 9.718/98, ARTIGO 3º, §1º. INCONSTITUCIONALIDADE. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. SEGURADORA. RECEITAS FINANCEIRAS. INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO E CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

1. A matéria de fundo já foi objeto de pronunciamento do C. STF, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 357950, 390840, 358273 e 346084, no sentido da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718 /98, que instituiu nova base de cálculo para a incidência de PIS (Programa de Integração Social) e COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social).

2. Pacificada, no âmbito do C. Supremo Tribunal Federal, após ampla discussão, a questão da inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei 9.718 /98, subsiste a exigibilidade da COFINS, nos termos da Lei Complementar 70/91, e a partir de 1º/2/2004 de acordo com a Medida Provisória nº 135/2003, convertida na Lei nº 10.833, de 29/12/2003.

3. O Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, em 04.08.2011, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 566.621/RS, acatou a tese de que o prazo simples de cinco anos, fixado pela Lei Complementar nº 118/2005, para que o contribuinte peça ressarcimento de valores que lhe

foram cobrados indevidamente, só vale a partir da entrada em vigor da lei complementar, isto é, 09.06.2005, elegendo como elemento definidor o ajuizamento da ação.

4. Considerando que as parcelas aqui combatidas, relativamente ao recolhimento da COFINS, atinem ao período de janeiro/2001 (vctº 15/02/2001) a dezembro/2005 (fls. 55 e ss.), e que a presente ação foi ajuizada em 15/02/2006, não há que se falar na incidência do lustro prescricional.

5. O faturamento da autora se compõe de todas as receitas decorrentes do exercício das atividades às quais se dedica, o que, à evidência, englobam as receitas financeiras, não se limitando às operações de venda de mercadorias e de prestação de serviços.

6. Precedentes da Turma julgadora.

7. Compensação a ser efetuada no moldes da Lei nº 10.637/02 e artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

8. Correção monetária a ser realizada consoante jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça - REsp 952.809/SP.

9. Honorários advocatícios: sucumbência recíproca.

10. Apelação da autora a que se dá parcial provimento.

11. Apelação da União a que se julga prejudicada.”

(...)

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

(AI 2015.03.00.023931-9/SP, Relator Desembargador Federal CARLOS MUTA, decisão de 11/12/2015, D.E. 18/12/2015; destaques no original)

Destarte, diante de todo o contexto normativo e jurisprudencial, resta indene de dúvidas de que as rubricas aqui guerreadas atraem, notadamente à luz da legislação de regência, a incidência do PIS e da COFINS, nos moldes ora explicitados.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, mantendo a r. sentença em seus exatos termos.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

