



Jurisprudência

Direito Administrativo



APELAÇÃO CÍVEL
0000811-44.2009.4.03.6104
(2009.61.04.000811-7)

Apelante: MARCO ANTONIO DE CARVALHO COSTA
Apelada: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SANTOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Classe do Processo: AC 1800059
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/08/2016

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA CARTEIRO DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. INAPTIDÃO DO AUTOR SUBMETIDO À AVALIAÇÃO PRÉ-ADMISSIONAL, CONFIRMADA ATRAVÉS DE PERÍCIA JUDICIAL. VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Trata-se de ação ordinária interposta em 9/3/2007 por MARCO ANTÔNIO DE CARVALHO COSTA, em face da EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT, com vistas à declaração de aptidão do autor para o exercício do cargo de Carteiro I para o qual foi aprovado e convocado para a realização de exames admissionais, com a consequente admissão do autor, sob pena de multa diária fixada em 10% do valor da remuneração prevista para o cargo; e à condenação da ré ao pagamento de indenização por perdas e danos correspondente à remuneração do emprego desde a data da convocação para a realização de exames admissionais, com todas as vantagens advindas do emprego público. Afirma que foi aprovado em 73º lugar no certame regido pelo Edital nº 055/2006, o que lhe garantiria o direito de assumir a vaga pretendida; todavia, submetido à exame médico admissional, foi qualificado como inapto ao exercício da função, não obstante goze de perfeitas condições físicas e mentais para ocupar o cargo para o qual foi regularmente aprovado.

2. O autor, ao se inscrever para o certame, anuiu a todos os termos do Edital, inclusive no que diz respeito às patologias impeditivas ao exercício do cargo ao qual concorreu. Submetido à perícia médica designada em primeiro grau de jurisdição, concluiu o *expert* nomeado pelo Juízo que o autor possui alterações na coluna dorso-lombar que são restritivas para o posto de trabalho para o qual o mesmo foi concursado. De fato, o Edital estabelece que serão considerados inaptos os candidatos submetidos à avaliação pré-admissional que estiverem em uma das situações que enumera, dentre elas, patologias vinculadas à ortopedia e reumatologia como as que acometem o autor, expressamente enumeradas (espondilolises, espondilolisteses e redução de espaços discais) e incompatíveis com as atribuições específicas do emprego de Carteiro. Precedentes: TRF1, AC 00079954420104013300, QUINTA TURMA, Relatora JUÍZA FEDERAL MARIA CECÍLIA DE MARCO ROCHA, j. 2/12/2015, e-DJF1 11/12/2015; TRF2, AC 201351040016758, QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL ALUISIO GONCALVES DE CASTRO MENDES, j. 2/12/2014, e-DJF2R 12/12/2014; TRF5, AC 200984 000027758, SEGUNDA TURMA, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO, j. 10/3/2011, DJE 10/3/2011.

3. Apelação improvida.

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 à apelação*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de julho de 2016.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de ação ordinária interposta em 9/3/2007 por MARCO ANTÔNIO DE CARVALHO COSTA, em face da EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT, com vistas à declaração de aptidão do autor para o exercício do cargo de Carteiro I para o qual foi aprovado e convocado para a realização de exames admissionais, com a consequente admissão do autor, sob pena de multa diária fixada em 10% do valor da remuneração prevista para o cargo; e à condenação da ré ao pagamento de indenização por perdas e danos correspondente à remuneração do emprego desde a data da convocação para a realização de exames admissionais, com todas as vantagens advindas do emprego público (fls. 2/6 e documentos de fls. 7/107 e 112/149).

Afirma que foi aprovado em 73º lugar no certame regido pelo Edital nº 055/2006, o que lhe garantiria o direito de assumir a vaga pretendida; todavia, submetido à exame médico admissional, foi qualificado como inapto ao exercício da função, não obstante goze de perfeitas condições físicas e mentais para ocupar o cargo para o qual foi regularmente aprovado.

Contestação da EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT às fls. 207/239 e documentos de fls. 240/294. Alega, preliminarmente, impossibilidade jurídica do pedido, pois é descabida a apreciação do parecer técnico dos médicos especialistas em saúde do trabalho. No mérito, aduz que o requisito atinente à aptidão física para o pleno exercício das atribuições do cargo, de caráter eliminatório, constou expressamente do edital; que os critérios definidos no PCMSO (Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional) da empresa foram elaborados por técnicos especialistas em Segurança e Medicina do Trabalho que conhecem as peculiaridades das atividades realizadas pelos funcionários da ECT; que admitir o candidato com os problemas apontados nos exames médicos (na coluna vertebral lombar e joelhos) seria submetê-lo ao risco de agravamento das lesões pré-existentes, considerando-se as peculiaridades inerentes ao cargo; que não há que se cogitar da “cassação dos exames admissionais” ou de qualquer indenização, tendo em vista que não há nenhuma ilegalidade no procedimento adotado.

Réplica às fls. 300/306.

Instadas a especificarem provas (fls. 307), a ré requereu o julgamento antecipado da lide (fls. 310/311), ao passo que o autor pleiteou a realização de prova técnica pericial (fls. 313/314).

O Juízo *a quo* designou perito médico para a realização de exame no autor (fls. 316).

Apresentação de quesitos pelas partes (fls. 323/325, 327/329).

Foi juntado laudo médico pericial, elaborado por médico perito nomeado pelo Juízo,

concluindo que o autor não apresenta incapacidade laboral (fls. 376/389).

O autor apresentou quesitos complementares (fls. 393/394).

Manifestação da ré, que juntou parecer médico elaborado por assistente técnico (fls. 395/399, 401/414).

O perito apresentou resposta aos quesitos complementares do autor (fls. 423/424).

Manifestação das partes (fls. 429/430; 431/432).

Alegações finais (fls. 435/442; 444/452).

A r. sentença proferida em 24/7/2012 *julgou improcedente a ação*, condenando o autor ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 600,00, observado o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50 (fls. 459/461v).

Irresignado, o autor apresentou apelação (fls. 464/475).

O recurso de apelação foi recebido nos efeitos suspensivo e devolutivo (fls. 477).

Contrarrazões às fls. 479/490.

É o relatório.

À revisão (*tempus regit actum*).

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

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

A r. sentença de improcedência deve ser mantida.

O Edital é bastante claro ao estabelecer:

17. PROCEDIMENTOS PRÉ-ADMISSIONAIS - de caráter eliminatório

17.1. Nesta etapa será realizada avaliação da aptidão física e mental, de caráter eliminatório, que deverá envolver, dentre outros, exames médicos e complementares que terão por objetivo averiguar as condições de saúde apresentadas pelos candidatos, face às exigências das atividades inerentes ao cargo.

(...)

17.8. Serão considerados inaptos os candidatos submetidos à avaliação pré-admissional que estiverem, dentre outras, em uma das seguintes situações e que o comprometimento seja incompatível com as atribuições do cargo o qual estiver concorrendo:

Ortopedia e reumatologia: (...) patologias da coluna vertebral que comprometem a manutenção da postura correta (... espondilolises; espondilolisteses; redução de espaços distais; ...)

(...)

18. CONTRATAÇÃO

18.1. A convocação dos candidatos para esta fase será processada, gradualmente, mediante as necessidades da ECT, nos cargos e para as localidades objeto do presente concurso, observando-se a ordem de classificação dos candidatos nas provas objetivas e a aptidão nos exames pré-admissionais.

Pois bem. Submetido o autor à perícia médica designada em primeiro grau de jurisdição, concluiu o *expert* nomeado pelo Juízo:

(...) conclui-se ser o mesmo portador de alterações anormais que acometem as colunas dorso lombo sacra, sendo essas denominadas como destro-escoliose dorsal discreta e escoliose sinistro lombar também discreta, espondilolistese grau I de L5/S1 e redução do espaço articular de L5/S1 (...) (fls. 382/383).

(...) com as alterações que o periciando é portador que acomete a coluna lombo sacra, não está habilitado para exercer tal atividade (fls. 389).

(...) nas imagens pode ser observado que apresenta um desvio do eixo longitudinal no seguimento proximal da coluna dorsal (escoliose) e desvio do eixo longitudinal da coluna lombar (escoliose), sendo esse com menor grau de desvio e, no seguimento da coluna lombar L5/S1 existe um escorregamento da vértebra L5/S1, tais alterações não trazem repercussão clínica ao periciando. Todavia, analisando o edital de concurso público fls. 277/297 especificamente às fls. 286 no item 17.7 menciona que as alterações das quais o periciando é portador na coluna dorso-lombar são restritivas para o posto de trabalho para qual o mesmo foi concursado (fls. 424).

O autor, ao se inscrever para o certame, anuiu a todos os termos do Edital, inclusive no que diz respeito às patologias impeditivas ao exercício do cargo ao qual concorreu.

Colacionam-se julgados das Cortes Federais em casos similares:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE AGENTE DOS CORREIOS - DISTRIBUIÇÃO/COLETA. EXCLUSÃO DE CANDIDATO POR INAPTIDÃO. PORTADOR DE PATOLOGIAS PREVISTAS NO EDITAL DO CERTAME. PERÍCIA JUDICIAL MÉDICA. CONFIRMAÇÃO DA INAPTIDÃO DO AUTOR PARA O EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES INERENTES AO CARGO.

1. O autor obteve aprovação no concurso público da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, Edital 340/2008, para o cargo de Agente dos Correios - Distribuição/Coleta, mas foi considerado inapto para o exercício da atividade em avaliação clínica pré-admissional, por ser portador de esporão dorsal do calcâneo e hálux valgo (ou hallux valgus, popularmente conhecido como joanete).
2. A exclusão por inaptidão se deu em conformidade com o item 12.0 do edital, que prevê, de forma expressa, as patologias apresentadas pelo demandante, dentre outras. Não se tem notícia de que o autor haja impugnado o edital, daí se presumindo sua concordância com as regras ali transcritas.
3. A pericial judicial observou que as patologias apresentadas pelo autor não são compatíveis com as caminhadas prolongadas em locais íngremes, inerentes à atividade de carteiro. Se submetidas à condições inapropriadas, em pouco tempo passarão a apresentar dor e dificuldade em deambulação. O laudo é enfático ao afirmar que “admitir nos quadros pessoa já portadora destas condições é incorrer em erro grave, uma vez que sabidamente o indivíduo passará a cursar com pé doloroso, faltando seguidas vezes ao serviço, podendo, inclusive, vir a solicitar auxílio-doença e afastamento de serviço temporário. Age corretamente a EBCT ao incluir em edital não somente estas, mas toda e qualquer doença que possa vir a causar dano ao serviço”.
4. A despeito das conclusões do perito, que indicaram a correção da exclusão do candidato do concurso público, o juízo de origem entendeu que as patologias são de grau leve e moderado, não havendo demonstração de sua potencial prejudicialidade ao exercício do cargo.
5. As conclusões do laudo pericial não podem ser desconsideradas em juízo, pois se trata da análise técnica sobre questão. No caso em exame, há contundente afirmação no sentido de que as patologias do autor são incompatíveis com as atividades inerentes ao cargo de carteiro (Agente dos Correios - Distribuição/Coleta).

6. Apelação da EBCT provida. Pedido improcedente. Ônus da sucumbência invertidos. Suspensão a execução dos honorários advocatícios de sucumbência, uma vez que o autor é beneficiário da Justiça Gratuita.

(TRF1, AC 00079954420104013300, QUINTA TURMA, Relatora JUÍZA FEDERAL MARIA CECÍLIA DE MARCO ROCHA, j. 2/12/2015, e-DJF1 11/12/2015)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. EMPREGO PÚBLICO DE AGENTE DOS CORREIOS - ATIVIDADE CARTEIRO DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. INAPTIDÃO NO EXAME PRÉ-ADMISSÃO. ESPOÇÃO CALCÂNEO. VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. PERÍCIA JUDICIAL QUE CONFIRMA A INAPTIDÃO PARA O EXERCÍCIO DO EMPREGO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1- Não merece acolhida a alegação de nulidade da prova pericial, ao argumento principal de que o perito não possui especialização em ortopedia, na medida em que o laudo pericial foi realizado por profissional idôneo e especialista na área de medicina do trabalho, sendo, portanto, perfeitamente apto a elaborar a sua avaliação, de forma que não há que se falar em nulidade da perícia ou na necessidade de sua realização por médico ortopedista.

2- A matéria abordada no laudo pericial produzido em juízo foi devidamente esclarecida, com coerência e detalhamento, tendo sido respondidos todos os quesitos formulados pela parte autora, de modo que a sua não concordância não enseja a desconstituição nem a realização de novo exame pericial, merecendo destaque, ainda, o fato de que o perito judicial guarda maior equidistância dos interesses das partes, a garantir tratamento imparcial na análise da controvérsia.

3 - O ordenamento jurídico pátrio adota, em tema de concurso público, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, sendo o edital um ato vinculante tanto para a administração pública quanto para os candidatos que se submetem ao concurso, de forma que todos devem observar as regras ali estabelecidas.

4 - Não cabe ao poder judiciário interferir nos critérios de conveniência e oportunidade adotados pela administração na elaboração do concurso público e na definição dos requisitos necessários para o preenchimento de seus cargos, estando o controle jurisdicional restrito à observância dos princípios, valores e regras legais e constitucionais.

5 - O edital do concurso público para provimento de vagas destinadas ao emprego público de agente de correios - atividade carteiro, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, estabelece que “o(a) candidato(a) aprovado(a) e convocado(a) para contratação será encaminhado(a) para realização de exame pré-admissional, de acordo com norma específica da empresa, composto por exame clínico e exames complementares, de caráter obrigatório e eliminatório” (item 19.5).

6 - Cabe à administração pública determinar quais as condições clínicas que são incompatíveis com os cargos oferecidos em um concurso público, expondo expressamente no edital seus critérios, merecendo destaque, ainda, o fato de que a atividade exercida pelos carteiros, consistente na entrega de correspondências e encomendas, exige aptidão física razoável do candidato.

7 - De acordo com o laudo pericial, a parte autora apresenta ferimentos de aspecto crônico provocados pelo contato do calçado com a calosidade, que deve ser considerada um empecilho para o desempenho de atividades similares a de carteiro, em que há necessidade de caminhada durante toda a jornada de trabalho. Ainda de acordo com o laudo pericial, a parte autora, por ser portadora de esporão de calcâneo desenvolvido a ponto de causar tumefação no retro calcanhar, deve ser considerada incapaz para o exercício de atividade laboral em que se exija caminhada por longo período.

8 - Desta forma, a autoridade administrativa, ao eliminar a parte autora do concurso público em comento, não incorreu em qualquer ilegalidade, tendo apenas se restringido a cumprir o disposto no edital do certame.

9 - Recurso de apelação desprovido.

(TRF2, AC 201351040016758, QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL ALUISIO GONCALVES DE CASTRO MENDES, j. 2/12/2014, e-DJF2R 12/12/2014)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARTEIRO. CRITÉRIOS DE INAPTIDÃO AOS CANDIDATOS SUBMETIDOS À AVALIAÇÃO PRÉ-ADMISSIONAL. OBJETIVIDADE DOS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS PELO EDITAL EM RAZÃO DO EXERCÍCIO DO CARGO.

1 - Apelação de sentença que julgou procedente pedido formulado em ação ordinária objetivando que seja declarada a nulidade da eliminação da autora do concurso público para o cargo de Carteiro I, na fase de exames pré-admissionais de caráter eliminatório, realizado em face do Edital nº 246/2007.

2 - Na fase de procedimentos pré-admissionais (item 16 do Edital nº 246/2007), o candidato deveria se submeter “a avaliação da aptidão física e mental, de caráter eliminatório, que deverá envolver, dentre outros, exames médicos e complementares que terão por objetivo averiguar as condições de saúde apresentadas pelos candidatos, face às exigências das atividades inerentes ao cargo” (item 16.1 do Edital).

3 - A demandante é portadora de mais de uma patologia descrita no edital (item 16.9) como pré-condição para a declaração de inaptidão do candidato -, confirmada pela Perícia Judicial: lordose, escoliose dorsal sinistro-convexa; espaço discal L5-S1, formação óssea na metáfise da fíbula esquerda, com indicação de exostose óssea, no joelho esquerdo, e, por fim, inclinação do eixo dos primeiros pododáctilos, HD halux Valgum.

4 - A perícia judicial afirmou que a autora teria limitações na atividade de carteiro, pois deveria evitar o transporte manual de malas, cargas e objetos afins, de modo a evitar a descompensação osteoarticular. Concluiu, ainda, que a enfermidade de que é portadora a demandante não permite exercer a atividade de carteiro, percorrendo em média dez quilômetros por dia, portando uma bolsa com até 08 (oito) quilogramas, através de ruas com aclives e declives acentuados, sob condições climáticas diversas.

5 - Compete à Administração estabelecer as regras do processo seletivo, de acordo com os seus critérios de conveniência e oportunidade, e sempre com observância da supremacia do interesse público sobre o privado. AC 514042 RN Acórdão fl. 02.

6 - A Administração fica vinculada às regras do edital e este exclui o portador das patologias ali elencadas do exercício do cargo de carteiro. Obrigar a contratação é fazer preponderar o interesse do candidato sobre o da Administração, conduzindo-a a responder pelos proventos da inatividade a quem cumpriu pouco tempo de serviço.

7 - A parte autora, ao se submeter ao Concurso Público para o preenchimento de cargo de Carteiro I, encontra-se vinculada ao estabelecido no Edital do certame, que é lei entre as partes. Ao Judiciário cabe apreciar a ilegalidade do ato, não podendo, contudo, interferir nas razões de mérito Administrativo.

8 - Apelação provida.

(TRF5, AC 200984000027758, SEGUNDA TURMA, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO, j. 10/3/2011, DJE 10/3/2011)

Destaca-se excerto da r. sentença:

De fato, o item 17.8 do edital (fls. 286) estabelece que serão considerados inaptos os candidatos submetidos à avaliação pré-admissional que estiverem em uma das situações que enumera, dentre elas, patologias vinculadas à ortopedia e reumatologia como as que acometem o autor, expressamente enumeradas (espondilolises, espondilolisteses e redução de espaços discais) e incompatíveis com as atribuições específicas do emprego de Carteiro, que envolvem a manipulação de encomendas pesadas e a realização de longos percursos diários, a pé ou de

bicicleta, com bolsa contendo até 10 quilos de correspondências e encomendas variadas. Importa dizer que, ao efetuar sua inscrição para participar do concurso público, o autor acabou por anuir aos termos do edital, inclusive, no tocante ao elenco de patologias que determinavam a inabilitação física dos candidatos.

Por tais motivos, conclui-se que não merece censura o ato que impediu a contratação do autor, em razão da patologia verificada nos exames realizados a pedido da ECT e confirmada pelo perito judicial.

Face ao exposto, *nego provimento à apelação*.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0013715-11.2009.4.03.6100
(2009.61.00.013715-0)

Apelantes: ANA AMÉLIA MENDES MELO E OUTROS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: AMS 322187
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/07/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ART. 543-B. SERVIDOR PÚBLICO. INSS. JORNADA DE TRABALHO. REDUÇÃO DE VENCIMENTOS. NÃO COMPROVAÇÃO. DECISÃO MANTIDA.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n, 660.010, submetido ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que embora o servidor público não tenha direito adquirido a regime jurídico remuneratório, o aumento de jornada de trabalho sem a correspondente retribuição remuneratória configura ofensa ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos (STF, ARE n° 660.010, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 30.10.14).
2. As servidoras declaram ter prestado concurso para trabalharem 40 (quarenta) horas. No entanto, desde quando ingressaram no cargo (sic) passaram à jornada de 30 (trinta) horas semanais, nos termos do Memorando Circular/INSS/DIRRH/N° 50, de 23.06.03. Requerem a segurança e o reconhecimento de direito líquido e certo de continuar a cumprir jornada de 30 (trinta) horas semanais, sem redução da remuneração.
3. Consignou-se na decisão recorrida não prosperar o argumento das recorrentes de que a Lei n° 11.907/09 viola a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos (CR, art. 37, XV), uma vez que, além da alteração da jornada de trabalho dos servidores do INSS, houve reestruturação da remuneração das carreiras do seguro social, com reajustes nos vencimentos de todos os cargos, conforme previsto nas Tabelas III e IV do Anexo IV-A da Lei n° 10.855/04, incluídos pelo art. 162 da Lei n° 11.907/09. Ressaltou-se, ainda, a inexistência de direito adquirido a determinado regime jurídico ou à manutenção de carga horária de trabalho, razão pela qual foi negado provimento à apelação contra a sentença denegatória da segurança. Acrescente-se não haver prova nos autos de que teria havido redução de vencimentos das impetrantes.
4. Assim, a decisão recorrida não importa em divergência ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no ARE n° 660.010, que diz respeito à hipótese de ingresso no serviço público *em regime de 30 (trinta) horas semanais*, com posterior aumento de carga horária sem a devida contraprestação remuneratória.
5. Mantida a decisão recorrida.

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, manter a decisão recorrida, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de junho de 2016.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de embargos de declaração opostos por Ana Amélia Mendes Melo e outros contra a decisão de fls. 421/422, que negou provimento ao seu agravo legal:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. CPC, ART. 557, § 1º. REFORMA DE DECISÃO. SERVIDOR PÚBLICO. INSS. ALTERAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO. LEI Nº 11.907/09. AGRAVO LEGAL NÃO PROVIDO.

1. A utilização do agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, deve enfrentar a fundamentação da decisão agravada, ou seja, deve demonstrar que não é caso de recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Por isso que é inviável, quando o agravante deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada. Precedentes do STJ (AGREsp nº 545.307-BA, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 06.05.04; REsp nº 548.732-PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 02.03.04).

2. Discute-se a possibilidade do aumento de jornada dos servidores do INSS de 30 (trinta) horas para 40 (quarenta) horas semanais pela Lei nº 11.907/09. Conforme se verifica na referida lei, além do aumento da carga horária, foi facultado aos servidores continuar cumprindo a jornada de 30 (trinta) horas semanais, com redução proporcional da remuneração. Confira-se a esse respeito, a redação do art. 4º-A da Lei nº 10.855/04, acrescido pelo art. 160 da Lei nº 11.907/09. Referida norma compatibiliza-se com o disposto no art. 19 da Lei nº 8.112/90, que prevê a possibilidade da jornada de trabalho de 40 (quarenta) horas semanais:

3. Não subiste a alegação de que o § 2º do art. 19 da Lei nº 8.112/90 obviaria o aumento da jornada, uma vez que não há lei especial dispondo acerca da duração da jornada de 6 (seis) horas diárias. Os servidores cumpriam a jornada reduzida em virtude de resoluções anteriores à Lei nº 11.907/09, editadas pelo INSS mediante os critérios de oportunidade e conveniência, e que restaram superadas pelo advento da nova lei. Ademais, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades, não há direito adquirido dos servidores a regime jurídico, não se justificando a continuidade da jornada de 30 (trinta) horas semanais. Do mesmo modo, não prospera o argumento de que a Lei nº 11.907/09 viola a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos (CR, art. 37, XV), uma vez que, além da alteração da jornada de trabalho dos servidores do INSS, houve reestruturação da remuneração das carreiras do seguro social, com reajustes nos vencimentos de todos os cargos, conforme previsto nas Tabelas III e IV do Anexo IV-A da Lei nº 10.855/04, incluídos pelo art. 162 da Lei nº 11.907/09. Precedentes dos Tribunais Regionais Federais (TRF da 1ª Região, AC nº 1998.01.00.064955-3, Rel. Juiz Fed. Lindoval Marques de Brito, j. 13.10.98; TRF da 2ª Região, AC nº 1996.50.01.003959-6, Rel. Des. Fed. Luiz Paulo S. Araújo Filho, j. 15.04.09; TRF da 3ª Região, AI nº 0032098-04.2009.4.03.0000, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 29.03.10; TRF da 4ª Região, AC nº 2001.72.00.007821-8, Rel. Des. Fed. Valdemar Capeletti,

j. 20.02.03; TRF da 4ª Região, AC nº 2007.72.05.005022-0, Rel. Des. Fed. Edgard Antonio Lippmann Júnior, j. 16.07.08).

4. Inexistência de direito adquirido de servidor, não somente a regime jurídico, mas também à manutenção de carga horária de trabalho. Precedentes do STJ (STJ, REsp nº 812811, Rel. Des. Fed. Jane Silva, j. 06.12.07; ROMS nº 9590, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 26.09.00).

5. Agravo legal não provido.

A 5ª Turma, em julgamento realizado em 28.02.11, negou provimento aos embargos de declaração, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REDISCUSSÃO. DESCABIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. MANIFESTAÇÃO DO ÓRGÃO JURISDICIONAL SOBRE A MATÉRIA CONTROVERTIDA.

1. Os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, consoante disciplinamento inserto no art. 535 do Código de Processo Civil, exigindo-se, para seu acolhimento, estejam presentes os pressupostos legais de cabimento. Pretensão de simples rediscussão da controvérsia contida nos autos não dá margem à oposição de declaratórios (STJ, EDEREsp nº 933.345, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 16.10.07; EDEREsp nº 500.448, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 15.02.07; EDAGA nº 790.352, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.11.07).

2. É desnecessária a manifestação explícita da Corte de origem acerca das normas que envolvem a matéria debatida, uma vez que, para a satisfação do prequestionamento, basta a implícita discussão da matéria impugnada no apelo excepcional (STJ, AGREsp nº 573.612, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 12.06.07; AGREsp nº 760.404, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15.12.05).

3. Embargos de declaração não providos. (fls. 440/440v).

Ana Amélia Mendes Melo e outros interpuuseram recurso extraordinário, ao fundamento de que a majoração da jornada de trabalho ocorreu sem aumento proporcional de remuneração, a configurar violação ao art. 37, XV, da Constituição da República e que, ademais, a Lei nº 11.907/09 não majorou os vencimentos dos servidores (fls. 443/472).

Remetidos os autos à Subsecretaria dos Feitos da Vice-Presidência, foi determinado o sobrestamento do recurso até ulterior deliberação, tendo em vista a repetitividade da questão em relação a outros recursos encaminhados ao Supremo Tribunal Federal como representativos de controvérsia (fls. 493/494 e 495).

O Núcleo de Repercussão Geral e de Recursos Repetitivo - NURER tornou os autos conclusos ao Exmo. Des. Fed. Vice-Presidente (fl. 496).

O Excelentíssimo Vice-Presidente deste Tribunal, Desembargador Federal Mairan Maia, determinou o retorno à Turma julgadora (CPC, art. 543-B, § 3º), para verificação da pertinência de eventual juízo de retratação, considerando a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral da matéria constitucional, objeto do ARE nº 660.010 (fl. 619).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

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

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n, 660.010, submetido ao regime

do art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que embora o servidor público não tenha direito adquirido a regime jurídico remuneratório, o aumento de jornada de trabalho sem a correspondente retribuição remuneratória configura ofensa ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos:

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Servidor público. Odontologistas da rede pública. Aumento da jornada de trabalho sem a correspondente retribuição remuneratória. Desrespeito ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos.

1. O assunto corresponde ao Tema nº 514 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do Supremo Tribunal Federal na internet e está assim descrito: “aumento da carga horária de servidores públicos, por meio de norma estadual, sem a devida contraprestação remuneratória”.

2. Conforme a reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não tem o servidor público direito adquirido a regime jurídico remuneratório, exceto se da alteração legal decorrer redução de seus rendimentos, que é a hipótese dos autos. 3. A violação da garantia da irredutibilidade de vencimentos pressupõe a redução direta dos estípedios funcionais pela diminuição pura e simples do valor nominal do total da remuneração ou pelo decréscimo do valor do salário-hora, seja pela redução da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária, seja pelo aumento da jornada de trabalho sem a correspondente retribuição remuneratória. 4. Não há divergência, nos autos, quanto ao fato de que os odontologistas da rede pública vinham exercendo jornada de trabalho de 20 horas semanais, em respeito às regras que incidiam quando das suas respectivas investiduras, tendo sido compelidos, pelo Decreto estadual nº 4.345/2005 do Paraná, a cumprir jornada de 40 horas semanais sem acréscimo remuneratório e, ainda, sob pena de virem a sofrer as sanções previstas na Lei estadual nº 6.174/70. 5. No caso, houve inegável redução de vencimentos, tendo em vista a ausência de previsão de pagamento pelo aumento da carga horária de trabalho, o que se mostra inadmissível, em razão do disposto no art. 37, inciso XV, da Constituição Federal. 6. Recurso extraordinário provido para se declarar a parcial inconstitucionalidade do § 1º do art. 1º do Decreto estadual nº 4.345, de 14 de fevereiro de 2005, do Estado do Paraná, sem redução do texto, e, diante da necessidade de que sejam apreciados os demais pleitos formulados na exordial, para se determinar que nova sentença seja prolatada após a produção de provas que foi requerida pelas partes. 7. Reafirmada a jurisprudência da Corte e fixadas as seguintes teses jurídicas: i) a ampliação de jornada de trabalho sem alteração da remuneração do servidor consiste em violação da regra constitucional da irredutibilidade de vencimentos; ii) no caso concreto, o § 1º do art. 1º do Decreto estadual nº 4.345, de 14 de fevereiro de 2005, do Estado do Paraná não se aplica aos servidores elencados em seu caput que, antes de sua edição, estavam legitimamente submetidos a carga horária semanal inferior a quarenta horas.

(STF, ARE nº 660.010, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 30.10.14)

As servidoras declaram ter prestado concurso para trabalharem 40 (quarenta) horas. No entanto, desde quando ingressaram no cargo (sic) passaram à jornada de 30 (trinta) horas semanais, nos termos do Memorando Circular/INSS/DIRRH/Nº 50, de 23.06.03. Requerem a segurança e o reconhecimento do “direito líquido e certo das impetrantes de continuarem a trabalhar na jornada de trinta horas semanais, *sem qualquer redução da remuneração*, compreendendo nesta o *vencimento básico, GAE, Vantagem Pecuniária, GDASS*, inclusive as vantagens financeiras que forem concedidas posteriormente para a carreira e as que estão previstas nas tabelas de vencimentos instituídas na Lei nº 11.907, de 2 (sic), publicada no DOU de 03/02/2009, que acrescentou os artigos 4º-A à Lei Federal nº 10.855, de 01/04/2004, em respeito ao princípio da irredutibilidade salarial, determinando-se que não se aplique às Impetrantes a regra contida no disposto no artigo 4º-A da Lei Federal nº 10.855, de 01/04/2004,

com redação dada pelo artigo 160 da Lei Federal nº 11.905, de 02/02/2009” (destaques no original) (fl. 30).

Consignou-se na decisão recorrida não prosperar o argumento das recorrentes de que a Lei nº 11.907/09 viola a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos (CR, art. 37, XV), uma vez que, além da alteração da jornada de trabalho dos servidores do INSS, houve reestruturação da remuneração das carreiras do seguro social, com reajustes nos vencimentos de todos os cargos, conforme previsto nas Tabelas III e IV do Anexo IV-A da Lei nº 10.855/04, incluídos pelo art. 162 da Lei nº 11.907/09. Ressaltou-se, ainda, a inexistência de direito adquirido a determinado regime jurídico ou à manutenção de carga horária de trabalho, razão pela qual foi negado provimento à apelação contra a sentença denegatória da segurança. Acrescentou-se não haver prova nos autos de que teria havido redução de vencimentos das impetrantes.

Assim, a decisão recorrida não importa em divergência ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no ARE nº 660.010, que diz respeito à hipótese de ingresso no serviço público *em regime de 30 (trinta) horas semanais*, com posterior aumento de carga horária sem a devida contraprestação remuneratória.

Ante o exposto, MANTENHO a decisão recorrida.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0003777-19.2010.4.03.6112

(2010.61.12.003777-0)

Apelante: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA

Apelados: ALEXANDRE ROCHA E PAULO ROGÉRIO BOSQUE GUERREIRO

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Classe do Processo: AMS 330767

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/07/2016

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. IBAMA. DESBLOQUEIO DO SISTEMA SISPASS. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 01/2003. IBAMA.

I - Alegam os impetrantes, em síntese, serem criadores de pássaros na modalidade amador, devidamente cadastrados juntos ao IBAMA, nos termos da IN nº 01/2003, que determina a obrigação de os criadores amadoristas manterem cadastro junto ao SISPASS. Por meio do mencionado sistema, o criador deve informar toda e qualquer mudança em seu plantel, como nascimento, óbito, fuga, transferência, transporte, enfim, toda movimentação que diga respeito aos pássaros criados. (Circular nº 003/2009).

II - A IN IBAMA nº 01/2003, estabelece, em seu art. 2º que “a Licença para inclusão na categoria de Criador Amadorista de Passeriformes da Fauna Silvestre Brasileira, concedida a pessoas físicas, nos termos da presente Instrução, deverá ser solicitada por meio do Sistema de Cadastramento de Passeriformes - SISPASS, que tem por objetivo a gestão das informações referentes às atividades de criação amadorista”. No entanto, não há, na referida norma, qualquer dispositivo que autorize a suspensão da licença para exercício da atividade de criador amadorista de passeriformes em razão de autuação em ação fiscalizatória.

III - A única hipótese em que a IN nº 01/2003 restringe a efetivação da referida licença é a de existência de débito junto ao IBAMA, na forma do § 7º do seu art. 2º, que assim dispõe: “a Licença de Criador Amadorista de Passeriformes da Fauna Silvestre Brasileira somente será efetivada caso o interessado não possua débitos junto ao IBAMA, conforme determina a Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002”.

IV- Ainda que os impetrantes estejam respondendo a processo administrativo, tal fato não tem o condão de bloquear o seu acesso ao SISPASS, como determinado pela Circular nº 003/2009 (fl. 131) e efetivado pela autoridade impetrada (fls. 25 e 54), afigurando-se tal ato ilegal, por ter a circular disposto além do que estabelece a instrução normativa do IBAMA, extrapolando, assim, seu limite regulamentador.

V- Apelação e remessa oficial não providas.

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 e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de julho de 2016.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

Trata-se de apelação e remessa oficial interpostas pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais e Renováveis - IBAMA, contra a r. sentença (fls. 146/151), que concedeu a ordem requerida no mandado de segurança impetrado por Alexandre Rocha e Paulo Rogério Bosque Guerreiro, no qual pretendem os impetrantes obter provimento que determine o desbloqueio de suas relações virtuais junto ao cadastro de criadores de pássaros do IBAMA, denominado SISPASS.

Na inicial, os impetrantes sustentaram que são criadores amadores de pássaros, estando devidamente cadastradas junto ao IBAMA. Nesse contexto, aduziram que por força da Instrução Normativa nº 01/2003, editada pelo IBAMA, movimentam seu plantel por meio do sistema *on line*, denominado SISPASS.

A autoridade coatora prestou informações às fls. 97/113 e fls. 117/118.

A liminar foi indeferida (fls. 133/134).

A sentença concedeu a segurança para o fim de determinar o desbloqueio ao acesso ao sistema SISPASS em favor dos impetrantes. Deixou de fixar honorários, nos termos da súmula 512 do STF (fls. 146/151).

Julgado monocraticamente, o reexame necessário foi desprovido (fls. 162/164), mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos.

O IBAMA agravou dessa decisão (fls. 167/174), aduzindo a ocorrência de nulidade processual, decorrente da ausência de intimação pessoal acerca da sentença proferida.

Por meio da decisão acostada (fl. 176), foi reconhecida a nulidade a partir da sentença.

O IBAMA foi intimado pessoalmente (fl. 181).

Infoconformado interpôs apelação (fls. 182/182).

Sem contrarrazões.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não provimento da apelação e da remessa oficial.

É o Relatório.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

O mandado de segurança é ação de cunho constitucional e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal:

conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Na categoria dos *writs* constitucionais constitui direito instrumental sumário à tutela dos direitos subjetivos incontestáveis contra ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. (Diomar Ackel Filho, *in Writs Constitucionais*, Ed. Saraiva, 1988, p. 59).

A objetividade jurídica do Mandado de Segurança está ligada ao resguardo de direitos lesados ou ameaçados por atos ou omissões de autoridades ou seus delegados, quando não amparados por *habeas corpus* ou *habeas data*.

Merece destaque, também, a lição de Hely Lopes Meirelles: “o objeto do mandado de segurança será sempre a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal ou ofensivo de direito individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante” (*in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, 25ª edição, Editora Malheiros, 2003, p. 39).

Alegam os impetrantes, em síntese, serem criadores de pássaros na modalidade amador, devidamente cadastrados juntos ao IBAMA, nos termos da IN nº 01/2003, que determina a obrigatoriedade de os criadores amadoristas manterem cadastro junto ao SISPASS.

Por meio do mencionado sistema, o criador deve informar toda e qualquer mudança em seu plantel, como nascimento, óbito, fuga, transferência, transporte, enfim, toda movimentação que diga respeito aos pássaros criados.

Seguem os impetrantes afirmando serem devidamente cadastrados no SISPASS, mas que encontram-se impossibilitados de movimentar suas relações nos sistema em virtude de uma circular interna, datada de 09/09/09, pela qual todos os criadores autuados em ações de fiscalização deveriam ter seu acesso suspenso (Circular nº 003/2009).

Sustentam ser tal suspensão ilegal, por não haver previsão normativa para o bloqueio das atividades no SISPASS.

A sentença não merece reforma.

A IN IBAMA nº 01/2003, estabelece, em seu art. 2º que “a Licença para inclusão na categoria de Criador Amadorista de Passeriformes da Fauna Silvestre Brasileira, concedida a pessoas físicas, nos termos da presente Instrução, deverá ser solicitada por meio do Sistema de Cadastramento de Passeriformes - SISPASS, que tem por objetivo a gestão das informações referentes às atividades de criação amadorista”.

No entanto, não há, na referida norma, qualquer dispositivo que autorize a suspensão da licença para exercício da atividade de criador amadorista de passeriformes em razão de autuação em ação fiscalizatória.

A única hipótese em que a IN nº 01/2003 restringe a efetivação da referida licença é a de existência de débito junto ao IBAMA, na forma do §7º do seu art. 2º, que assim dispõe: “a Licença de Criador Amadorista de Passeriformes da Fauna Silvestre Brasileira somente será efetivada caso o interessado não possua débitos junto ao IBAMA, conforme determina a Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002”.

Assim, ainda que os impetrantes estejam respondendo a processo administrativo, tal

fato não tem o condão de bloquear o seu acesso ao SISPASS, como determinado pela Circular nº 003/2009 (fl. 131) e efetivado pela autoridade impetrada (fls. 25 e 54), afigurando-se tal ato ilegal, por ter a circular disposto além do que estabelece a instrução normativa do IBAMA, extrapolando, assim, seu limite regulamentador.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ADMINISTRATIVO NÃO CONHECIDO PELO IBAMA. LIMITAÇÃO PECUNIÁRIA QUANTO AO OBJETO A SER DISCUTIDO EM INSTÂNCIA SUPERIOR. ILEGALIDADE. LEI Nº 9.605/98. 1. *Extrapola o poder regulamentar a restrição imposta pela Instrução Normativa nº 08/2003 do IBAMA, que impõe como condição de admissibilidade aos recursos que o valor da multa a ser discutida seja superior a R\$ 50.000,00, eis que o art. 71, III, da Lei nº 9.605/98 não prevê qualquer limitação pecuniária como condição para a interposição de recurso administrativo*, mesmo porque se existente seria inconstitucional em face do disposto no art. 5º, LV, da CF/88. 2. Apelação e remessa oficial improvidas para manter a sentença que concedeu, em parte, a segurança para determinar a suspensão da exigibilidade de multa objeto do Auto de Infração 301213-D/IBAMA, a abstenção de inclusão do nome do impetrante em cadastros de proteção e a remessa do recurso interposto pelo impetrante no processo administrativo de nº 02012.001213/2007-90 à instância administrativa competente (TRF 5, 2ª Turma, Apelreex 200882000003599, relator Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto, DJE. 17/06/10).

ADMINISTRATIVO. IBAMA. EMPREENDIMENTO TURÍSTICO. ÁREA DE PROTEÇÃO PERMANENTE. PENALIDADES DE EMBARGO DE OBRA E MULTA. 1. *Realmente, o ordenamento jurídico brasileiro atribui ao regulamento, revestido na forma de decreto, 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*. Nesse sentido, orienta-se a melhor doutrina, *verbis*: “748. - Le règlement de police, parce qu’il est un règlement, est hiérarchiquement inférieur à la loi. Il ne peut aller, dans ses dispositions, à l’encontre des prescriptions législatives, s’il en existe sur tel ou tel point particulier. (PAUL DUEZ et GUY DEBEYRE, *in Traité de Droit Administratif*, Librairie Dalloz, Paris, 1952, p. 514) LES LIMITES DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE Elles sont toutes l’expression de la subordination de l’autorité réglementaire au législateur. On peut les classer ainsi: 1º Obligation de respecter les lois dans leur lettre et dans leur esprit; 2º Impossibilité d’interpréter la loi: ce pouvoir n’appartient qu’au législateur et aux tribunaux: CE (Sect.), 10 juin 1949, Baudouin. 3º Impossibilité pour l’autorité administrative de prendre l’initiative de diminuer par un règlement la liberté des citoyens si le législateur n’a pas posé au mains le principe d’une telle limitation; (...)” (MARCEL WALINE, *in Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 6ª ed., Libr. Du Recueil Sirey, Paris, 1952, p. 41) Essa é, igualmente, a jurisprudência da Suprema Corte, *verbis*: “Resolução nº 194/1970 do CONFEA - Exercício da Profissão de Engenharia, Agronomia e Arquitetura - Exigências ilegais. Dada a inferioridade constitucional do regulamento em confronto com a lei, é evidente que aquele não pode alterar, seja ampliando, quer restringindo, os direitos e obrigações prescritos nesta. (...)” (RE nº 81.532-BA, rel. Min. CUNHA PEIXOTO, *in RTJ* 81/494). No regime do Estado de Direito não há lugar para o arbítrio por parte dos agentes da Administração Pública, pois a sua conduta perante o cidadão é regida, única e exclusivamente, pelo princípio da legalidade, insculpido no art. 37 da Magna Carta. Por conseguinte, somente a lei pode condicionar a conduta do cidadão frente ao poder do Estado, sendo nulo todo ato da autoridade administrativa contrário ou extravasante da lei, e como tal deve ser declarado pelo Poder Judiciário quando lesivo ao direito individual. Nesse sentido, também, a lição de Charles Debbsch e Marcel Pinet, *verbis*: “L’obligation de respecter les lois comporte pour l’administration une double exigence, l’une négative consiste à ne prendre aucune décision qui leur soit contraire, l’autre, positive, consiste à les appliquer,

c'est-à-dire à prendre toutes les mesures réglementaires ou individuelles qu'implique nécessairement leur exécution." (*In Les Grands Textes Administratifs*, Sirey, Paris, 1970, p. 376)
 2. Agravo retido não conhecido e improvimento da apelação e do recurso adesivo (TRF4, 3ª Turma, AC 200672160023930, relator Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 18/07/07).

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MULTA APLICADA PELO IBAMA COM FUNDAMENTO EM PORTARIAS, SEM PRÉVIA COMINAÇÃO LEGAL. ABUSO DO PODER REGULAMENTAR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ANULAÇÃO DO DÉBITO FISCAL. 1. Multa imposta à autora com fundamento no art. 1º da Portaria IBAMA 440/89; art. 1º e 4º, II, da Portaria 267/88; e art. 18 da Portaria 44-N/93. 2. Configura abuso do poder regulamentar, em afronta ao princípio da legalidade (CF/88, art. 5º, II; ADCT, art. 25, caput), a portaria administrativa que tipifica infrações e define sanções, sem prévia cominação legal. 3. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 4. Apelação à qual se dá provimento, para anular o débito fiscal. 5. Honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da causa, devidamente atualizado (TRF3, 3ª Turma, AC 200003990154383, relator Juiz Federal convocado Rubens Calixto, j. 06/12/06).

ADMINISTRATIVO. VACÂNCIA DO CARGO SEM EXONERAÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO EM CARGOS DIFERENTES. CONTAGEM PARA FINS DE FÉRIAS. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 78, § 3º, DA LEI Nº 8.112/90. OFÍCIO CIRCULAR Nº 70/95 EXTRAPOLA SEU LIMITE REGULAMENTADOR. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA IMPROVIDAS (TRF2, 4ª Turma, AMS 9902017673, DJU 21/10/99).

Diante do exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0020474-54.2010.4.03.6100
(2010.61.00.020474-8)

Apelante: FAST PAPER SERVICE LTDA.
Apelada: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Classe do Processo: AC 1856192
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/07/2016

EMENTA

ACÇÃO ORDINÁRIA. APELAÇÃO. CONTRATO DE FRANQUIA POSTAL. RESTRIÇÃO DO DECRETO 6.639/08 QUANTO AO PRAZO DE CONCLUSÃO DOS CONTRATOS PREVISTO NA LEI 11.668/08: INEXISTÊNCIA. PRORROGAÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PELO JUDICIÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE NO ARTIGO 9º, § 2º DO DECRETO 6.639/08. SUPERVENIÊNCIA DE INAUGURAÇÃO DAS NOVAS AGÊNCIAS APÓS O PRAZO DE EXPIRAÇÃO DOS ANTIGOS CONTRATOS DE FRANQUIA: PERDA DE OBJETO. APELO IMPROVIDO.

1. Enquanto o artigo 6º, III, da Lei nº 11.668/2008 preceitua que a contratação deve respeitar a manutenção da rede, mas sem desprezar os princípios administrativos, que são obviamente incompatíveis com contratos firmados sem licitação; o artigo 7º da Lei nº 11.668/2008 estabelece um limite temporal para a existência dos contratos sem licitação, não um direito do contratante de manter um contrato inconstitucional.
2. Não pode o poder Judiciário imiscuir-se nessa análise e obrigar a Administração a prorrogar seus contratos, julgando-os necessários para melhorar a prestação dos serviços, principalmente tratando-se de contratos firmados sem respeitar as normas constitucionais.
3. Não obstante, o *caput* do artigo 7º da Lei 11.668/2008 prevê hipótese condicionada ao cumprimento do prazo de contratações (30/09/2012), estabelecendo que as ACFs continuarão em funcionamento até que a contratação das novas AGFs seja efetuada, dentro do prazo legalmente previsto.
4. Assim, não se vislumbra ilegalidade na previsão contida no § 2º do artigo 9º do Decreto 6.639/08, pois o dispositivo está a tratar das situações de descumprimento pela ECT do prazo de contratação das AGFs, precedidas de licitação, extinguindo totalmente a situação de inconstitucionalidade que perdura, desde seu reconhecimento pelo TCU, há mais de duas décadas.
5. Outrossim, o artigo 9º do aludido Decreto faz remissão ao artigo 7º, parágrafo único da Lei nº 11.668/08, que sofreu recente alteração pela Lei nº 12.400/2011.
6. Com efeito, expirado o prazo de conclusão dos contratos de franquia com as empresas franqueadas, incluindo a recorrente, e inaugurada a nova agência substituta, nos moldes da Lei nº 11.668/08, há que se reconhecer a perda superveniente de parte do apelo quanto ao pedido relativo à permanência das atividades até a inauguração da nova agência.
7. Perda superveniente de objeto de parte do apelo. Demais pedidos constantes na 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, declarar a perda superveniente de objeto de parte do apelo e negar provimento aos demais pedidos constantes no apelo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de julho de 2016.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Cuida-se de apelação interposta por FAST PAPER SERVICE LTDA em face de sentença que julgou improcedente seu pedido, nos termos do art. 269, inciso I do CPC/73, e a condenou ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, corrigidos monetariamente.

O presente apelo é originário da Ação Ordinária com pedido de tutela antecipada, proposta pela Agência Franqueada contra a EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS - ECT, para o fim de permanecer em atividade até a entrada em vigor do novo contrato de franquia e a declaração de ilegalidade do § 2º, do artigo 9º do Decreto nº 6.639/08.

O pedido de antecipação da tutela foi deferido para determinar

que a ré suspenda quaisquer atos de comunicação aos clientes da autora mencionando o seu fechamento ou interfira na regular execução dos contratos de franquia postal, bem como se abstenha de rescindir o contrato da autora em 10.11.2010, permanecendo vigente até que o novo franqueado, por prévia licitação, tenha se instalado com condições de execução do contrato para o desenvolvimento dos serviços postais naquela localidade.

Contra essa decisão, a ré agravou de instrumento, tendo sido conhecido e provido em segunda instância (processo nº 0033.826-46.2010.403.0000).

Devidamente citada, a ECT apresentou contestação às fls. 222/285.

Réplica apresentadas às fls. 408/422.

Instadas as partes a se manifestarem sobre a produção probatória, requereram o julgamento antecipado da lide.

Sobreveio sentença, julgando improcedente o pedido da autora, nos termos do artigo 269, inciso I do CPC/73, e a condenou ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa.

Irresignada, apela a autora alegando, em síntese, observância ao princípio da razoabilidade e da continuidade do serviço público, como garantia da finalidade pública a ser adimplida, de modo a não prejudicar o usuário.

Aduz que o Decreto nº 6.639/08 tem função meramente regulamentadora e que não poderia restringir o alcance da Lei nº 11.668/08, motivo pelo qual a data limite prevista no § 2º, do artigo 9º do referido Decreto não deve ser considerada.

Requer a reforma da r. sentença guerreada para o fim de permanecer em atividade

até a inauguração da nova agência (previsto para junho de 2013), consoante dispõe a Lei nº 11.668/08.

Contrarrazões apresentadas pela ECT às fls. 501/519.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

O cerne da controvérsia diz respeito à possibilidade do Decreto nº 6.639/08 modificar e restringir o prazo previsto na Lei nº 11.668/08 a respeito da conclusão dos contratos de franquia postal firmados entre a ECT e a agência franqueada, ora apelante, antes da formalização de novos contratos.

Aduz que a paralização imediata dos serviços da agência autora, sem que esteja em funcionando a agência substituta, acarretará prejuízos não apenas à recorrente, como também à população.

Ausente alegação de preliminares, passo diretamente ao exame do mérito.

A Lei nº 11.668/2008 foi editada para corrigir a inconcebível situação dos contratos da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) com as Agências de Correios Franqueadas (ACF), que eram firmados sem respeitar os princípios administrativos estabelecidos constitucionalmente, principalmente, pela ausência de prévio procedimento licitatório.

Esse sistema de franquias foi instituído por norma interna da ECT, em 1990, recebendo a atenção do Tribunal de Contas da União, que, na Decisão nº 601/94, determinou a adoção de providências para o exato cumprimento da Lei nº 8.666/93 e da Constituição Federal, artigos 37, XXI, e 175.

Porém, as sucessivas prorrogações dos contratos já firmados, determinadas pelas Leis nº 9.648/1998, nº 10.577/2002 e nº 11.668/2008, limitaram os efeitos da decisão do TCU.

Saliente-se que o único motivo para a perpetuação dos contratos com as ACFs perpetrada pelas prorrogações legais dos contratos foi a continuidade do serviço público, já que a alteração da rede demandaria tempo para a realização das licitações e recursos financeiros.

Tanto assim que, em caso análogo, a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade de leis que promovam a prorrogação de contratos sem licitação:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 42 E 43 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 94/02, DO ESTADO DO PARANÁ. DELEGAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO POR AGÊNCIA DE “SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE INFRA-ESTRUTURA”. MANUTENÇÃO DE “OUTORGAS VENCIDAS E/OU COM CARÁTER PRECÁRIO” OU QUE ESTIVEREM EM VIGOR POR PRAZO INDETERMINADO. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 37, INCISO XXI; E 175, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, INCISOS I E IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O artigo 42 da lei complementar estadual afirma a continuidade das delegações de prestação de serviços públicos praticadas ao tempo da instituição da agência, bem assim sua competência para regulá-las e fiscalizá-las. Preservação da continuidade da prestação dos serviços públicos. Hipótese de não violação de preceitos constitucionais. 2. O artigo 43, acrescentado à LC 94 pela LC 95, autoriza a manutenção, até 2.008, de “outorgas vencidas, com

caráter precário” ou que estiverem em vigor com prazo indeterminado. Permite, ainda que essa prestação se dê em condições irregulares, a manutenção do vínculo estabelecido entre as empresas que atualmente a ela prestam serviços públicos e a Administração estadual. Aponta como fundamento das prorrogações o § 2º do artigo 42 da Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1.995. Sucede que a reprodução do texto da lei federal, mesmo que fiel, não afasta a afronta à Constituição do Brasil. 3. O texto do artigo 43 da LC 94 colide com o preceito veiculado pelo artigo 175, caput, da CB/88 --- “[i]ncumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. 4. Não há respaldo constitucional que justifique a prorrogação desses atos administrativos além do prazo razoável para a realização dos devidos procedimentos licitatórios. Segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito. 5. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucional o artigo 43 da LC 94/02 do Estado do Paraná.(ADI 3521, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 28/09/2006, DJ 16-03-2007 PP-00020 EMENT VOL-02268-02 PP-00340 RT v. 96, n. 861, 2007, p. 95-106)

Ante esse cenário, a Lei nº 11.668/2008 disciplinou a transição da rede de agências franqueadas para um sistema compatível com a Constituição e a legislação vigente, estabelecendo um prazo de 24 meses para a conclusão de todas as contratações.

A importância da observância do prazo do artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº 11.668/2008 já foi salientada pelo ministro Gilmar Mendes na suspensão de tutela antecipada nº 335/DF:

(...) cumpre registrar que a Lei nº 11.668/2008, em seu art. 7º, parágrafo único, determinou a substituição dos contratos de franquia em vigor (não precedidos de licitação), em um prazo máximo de vinte e quatro meses, contados da regulamentação do referido diploma legal, o que ocorreu com a edição do Decreto nº 6.339, em 10 de novembro de 2008. A fixação de prazo para a completa substituição dos contratos hoje existentes revela-se razoável, tendo em vista a complexidade inerente à realização do procedimento licitatório e à extinção de ajustes que vigoram há quase vinte anos. Parece, de fato, ser a solução mais consentânea com os princípios da segurança jurídica e da continuidade do serviço público. (...) Desse modo, revela-se imperiosa a observância, pelo Ministério das Comunicações e da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, dos prazos estipulados na Lei nº 11.668/2008, sob pena de perpetuação de um quadro de patente inconstitucionalidade.

Tal prazo, que se encerraria em 5 de maio de 2010, foi postergado para 11 de junho de 2011 pela Medida Provisória nº 509/2010 e, posteriormente, para 30 de setembro de 2012, pela Lei nº 12.400/2011:

Art. 7º da Lei nº 11.668/2008: Até que entrem em vigor os contratos de franquia postal celebrados de acordo com o estabelecido nesta Lei, continuarão com eficácia aqueles firmados com as Agências de Correios Franqueadas que estiverem em vigor em 27 de novembro de 2007.
 Parágrafo único. A ECT deverá concluir as contratações a que se refere este artigo até 30 de setembro de 2012. (Redação dada pela Lei nº 12.400, de 2011).

Em conformidade com os princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade, estabelecidos constitucionalmente e repetidos no artigo 6º, III, da Lei nº 11.668/2008, o Decreto nº 6.639/2008 determinou, em seu artigo 9º, § 2º que, após o referido prazo, os contratos firmados sem licitação sejam extintos, nesses termos:

Art. 9º: A ECT terá o prazo máximo de 24 meses, a contar da data da publicação deste Decreto, para concluir todas as contratações previstas no art. 7º da Lei no 11.668, de 2008, observadas as disposições deste Decreto.

§ 2º: Após o prazo fixado no parágrafo único do art. 7º da Lei nº 11.668, de 2008, serão considerados extintos, de pleno direito, todos os contratos firmados sem prévio procedimento licitatório pela ECT com as Agências de Correios Franqueadas.

Além disso, alega que o aludido Decreto deveria ter finalidade meramente regulamentadora e não poderia restringir o alcance da Lei, motivo pelo qual não deve ser considerada a data limite prevista no § 2º, do artigo 9º do Decreto nº 6.639/08.

Essa interpretação não deve prosperar.

Enquanto o artigo 6º, III, da Lei nº 11.668/2008 preceitua que a contratação deve respeitar a manutenção da rede, mas sem desprezar os princípios administrativos, que são obviamente incompatíveis com contratos firmados sem licitação; o artigo 7º da Lei nº 11.668/2008 estabelece um limite temporal para a existência dos contratos sem licitação, *não um direito do contratante de manter um contrato inconstitucional*.

Ademais, ao editar o Decreto nº 6.639/2008, o Poder Executivo exerceu uma análise de oportunidade e conveniência, após análise da capacidade da ECT e de suas franquias regulares de absorverem a demanda, em respeito ao princípio da continuidade.

Não pode o poder Judiciário imiscuir-se nessa análise e obrigar a Administração a prorrogar seus contratos, julgando-os necessários para melhorar a prestação dos serviços, principalmente tratando-se de contratos firmados sem respeitar as normas constitucionais.

Não obstante, o *caput* do artigo 7º da Lei 11.668/2008 prevê hipótese condicionada ao cumprimento do prazo de contratações (30/09/2012), estabelecendo que as ACFs continuarão em funcionamento até que a contratação das novas AGFs seja efetuada, dentro do prazo legalmente previsto.

Assim, não se vislumbra ilegalidade na previsão contida no § 2º do artigo 9º do Decreto 6.639/08, pois o dispositivo está a tratar das situações de descumprimento pela ECT do prazo de contratação das ACFs (previsto no parágrafo único do artigo 7º da Lei nº 11.668/08), sem prévio procedimento licitatório. Já o artigo 7º refere-se a uma norma de transição que estendeu a vigência dos antigos contratos de franquia postal até 30.09.2012.

Outrossim, o artigo 9º do aludido Decreto faz remissão ao artigo 7º, parágrafo único da Lei nº 11.668/08, que sofreu recente alteração pela Lei nº 12.400/2011.

Por fim, o pedido da apelante resume-se em continuar prestando os serviços de franquia postal até a inauguração da nova agência (previsto para junho de 2013). Ocorre, que a apelada apresentou comprovante de inauguração da nova agência franqueada (fls. 516/519).

Com efeito, expirado o prazo de conclusão dos contratos de franquia com as empresas franqueadas, incluindo a recorrente, e inaugurada a nova agência substituta, nos moldes da Lei nº 11.668/08, há que se reconhecer a perda superveniente de objeto do apelo quanto ao pedido relativo à permanência das atividades até a inauguração da nova agência.

Nesse sentido, trago à colação jurisprudência desta Eg. Corte Regional, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE JULGOU EXTINTO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO TENDO EM VISTA A PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO, RESTANDO

PREJUDICADA A APELAÇÃO E MANTIDA A VERBA HONORÁRIA FIXADA NA SENTENÇA. AGÊNCIA FRANQUEADA DOS CORREIOS. AÇÃO AJUIZADA PARA VER DECLARADA A ILEGALIDADE DO § 2º DO ART. 9º DO DECRETO Nº 6.639/2008 COM O RECONHECIMENTO DE SUPOSTO DIREITO DE PERMANECER EM ATIVIDADE ATÉ A ENTRADA EM VIGOR DOS NOVOS CONTRATOS DEVIDAMENTE PRECEDIDOS DE LICITAÇÃO. INAUGURAÇÃO DE AGF, NOS TERMOS DA LEI Nº 11.668/2008, NO CURSO DO PROCESSO. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. VERBA HONORÁRIA REGULARMENTE FIXADA. AGRADO LEGAL IMPROVIDO. 1. A autora, na qualidade de Agência Franqueada dos Correios, ajuizou esta ação ordinária objetivando que fosse declarada a ilegalidade do § 2º do art. 9º do Decreto nº 6.639/2008 e, conseqüentemente, reconhecido o seu direito de permanecer em atividade até a entrada em vigor dos novos contratos de agência de correios franqueadas devidamente precedidos de licitação. 2. *Sucedo que no curso do processo a autora/agravante inaugurou AGF, nos termos da Lei nº 11.668/2008, o que importou em perda superveniente do objeto.* 3. *Já não faz mais sentido que o Judiciário se debruce sobre o pedido de permanência do contrato de ACF até a entrada em vigor dos novos contratos firmados nos termos da Lei nº 11.668/2008 porque essa análise não irá ter reflexo prático nenhum nos autos.* 4. Ao contrário do que sustenta a agravante, não houve concessão de tutela antecipada, de modo que se ela permaneceu no exercício de suas atividades até o presente momento não foi por força de decisão judicial precária que reclame confirmação, mas sim por conta e risco dela mesma. 5. Além disso, o pedido de declaração de ilegalidade do § 2º do art. 9º do Decreto nº 6.639/2008 é na verdade, causa de pedir, e não subsiste por si só. É dizer: deve estar vinculado a uma situação de fato que o legitime. 6. Por fim, a alegação genérica de que poderia ser responsabilizada civil ou criminalmente não convence e não faz subsistir o interesse processual; a propósito, convém recordar que a responsabilidade dita criminal de pessoa jurídica só existe em matéria de lesão ambiental, o que não é o caso. 7. A sentença julgou improcedente o pedido e condenou a autora ao pagamento de honorários de 10% sobre o valor da causa. Ou seja, o fez com fulcro no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, motivo pelo qual não há nenhum vício na decisão monocrática que, extinguindo o processo sem resolução de mérito, manteve a verba honorária fixada na sentença. Em ambos os casos, a condenação tem espeque no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, pois tanto num como noutro não houve condenação. 8. A verba honorária de 10% do valor da causa (R\$ 35.000 - fl. 31) não merece reforma, eis que fixada nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil, levando em consideração o trabalho realizado pelo patrono da apelada e a complexidade da causa, encontrando guarida no entendimento desta C. Turma (AC 1260108, AC 1842584, AC1468744, AC 1832012, AC 1232864), mesmo porque o exercício da advocacia não pode ser desmoralizado com imposição de honorária irrelevante. 9. Agrado legal improvido. (TRF3, 00220629620104036100, Relator Des. Federal JOHONSOM DI SALVO, SEXTA TURMA, Julgado em: 12.11.2015, Publicado no DJF3 em: 19.11.2015) (grifos meus)

Ante o exposto, voto pelo perda superveniente de objeto de parte do apelo e nego provimento aos demais pedidos constantes no apelo, nos termos da fundamentação supra.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA**0006591-83.2015.4.03.6126****(2015.61.26.006591-6)**

Apelante: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DO ABC - UFABC

Apelada: GABRIELA MENDES KAZUKI

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Classe do Processo: AMS 362382

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/07/2016

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ESTÁGIO NÃO OBRIGATÓRIO. TERMO DE COMPROMISSO DE ESTÁGIO. RECUSA DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO EM ASSINAR. NÚMERO MÍNIMO DE DISCIPLINAS CURSADAS. IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO. APROVAÇÃO EM PROCESSO SELETIVO DE ESTÁGIO.

1. A realização de estágio não obrigatório também é uma forma de aprendizagem, e compete aos próprios alunos decidirem se realizarão ou não essa modalidade opcional de estágio, prevista no artigo 2º, § 2º da Lei nº 11.788/2008.
2. A autonomia universitária não pode impedir a livre escolha dos alunos na execução das atividades que entendam mais convenientes para a sua aprendizagem. Precedentes.
3. Apelação e remessa oficial desprovidas.
4. Agravo retido prejudicado.

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 e à remessa oficial e JULGAR PREJUDICADO o agravo retido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de julho de 2016.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

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

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Trata-se de reexame necessário e de recurso de apelação interposto pela *Fundação Universidade Federal do ABC - UFABC* em mandado de segurança impetrado por *Gabriela Mendes Kazuki*.

Da decisão que deferiu a liminar (f. 31-32), a autoridade impetrada interpôs agravo retido (f. 38-44).

A MM. Juíza *a quo* concedeu a segurança para “ordenar à autoridade impetrada que autorize a realização do estágio objeto do termo de compromisso coligido aos autos” (f. 61-62).

Em suas razões de apelação, alega a UFABC que:

- a) a vedação ao estágio não obrigatório tem amparo no projeto pedagógico elaborado com base em sua autonomia universitária, de acordo com o artigo 207 da Constituição Federal;
- b) a impetrante não cumpriu os requisitos exigidos pela Resolução ConSEP nº 112 para realização do estágio não obrigatório.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento da apelação.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

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

Não obstante o disposto nos artigos 523, *caput*, e 559 do Código de Processo Civil, tratando-se de agravo interposto contra decisão que deferiu a liminar, o caso é de julgar-se diretamente a apelação, cujo objeto, mais abrangente, terá o condão de prejudicar aquele primeiro recurso.

Passo à apreciação do mérito.

A controvérsia reside na possibilidade, ou não, de a impetrante, discente regularmente matriculada no curso de bacharelado em Ciência e Tecnologia da UFABC, formalizar seu estágio voluntário junto à Pirelli Pneus Ltda.

Para que ocorra a formalização do estágio, a empresa exige que a Universidade assine o termo de estágio. A Universidade, por seu turno, recusa-se a assinar, alegando que a impetrante não cumpriu os requisitos previstos no artigo 5º de seu Regimento Interno, que exige o número mínimo de 50 créditos cursados em disciplinas obrigatórias.

No entanto, a realização de estágio não obrigatório, também é uma forma de aprendizagem, e compete aos próprios alunos decidirem se realizarão ou não essa modalidade opcional de estágio, prevista no artigo 2º, § 2º da Lei nº 11.788/2008.

Ademais, é consabido que a atividade de iniciação científica é uma forma de aprendizagem, ao passo que a realização de estágio é outra forma de aprendizagem, completamente distinta. Cabe aos alunos escolherem pela realização de uma, de outra ou de ambas, moldando sua carreira de acordo com suas próprias preferências e objetivos pessoais.

Em suma, a autonomia universitária não pode impedir a livre escolha dos alunos na execução das atividades que entendam mais convenientes para a sua aprendizagem. Nesse sentido, a jurisprudência:

MANDADO DE SEGURANÇA - ENSINO SUPERIOR - REMATRÍCULA FORA DO PRAZO - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES. 3. *O direito ao ensino, constitucionalmente amparado, sobrepõe-se à alegada infringência às normas administrativas.* 4. Precedentes da Terceira Turma. 5. Apelação provida. (TRF 3ª Região, AMS 00219714020094036100, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Marcio Moraes, Data de Julgamento 28/10/2010, Data de Publicação 19/11/2010)(grifei)

Dessa forma, é de rigor a manutenção da sentença, determinando a assinatura do termo de estágio não obrigatório pela UFABC.

A corroborar o entendimento acima esposado colho os seguintes precedentes:

AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, *CAPUT* DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ESTAGIO. UNIVERSIDADE FEDERAL DO ABC - UFABC. 1. A r. sentença não merece reforma, uma vez que *a negativa da autoridade coatora em assinar o Termo de Compromisso de Estágio do impetrante manifesta violação a direito líquido e certo*. 2. A Resolução nº 112 do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (ConsEPE) da Fundação Universidade Federal do ABC dispõe em seu artigo 5º os requisitos necessários para a realização do estágio. Todavia, deve ser ressaltado que as universidades gozam de autonomia didático-científica, conforme prevê o artigo 207 da Constituição Federal. 3. Nos termos do artigo 206, II da Constituição, o ensino deverá ser ministrado com base nos princípios da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber. 4. Agravo legal não provido. (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0001911-55.2015.4.03.6126, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 19/11/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 27/11/2015) (grifei)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ARGUMENTOS QUE NÃO ABALAM A FUNDAMENTAÇÃO E A CONCLUSÃO EXARADAS NA DECISÃO VERGASTADA. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO. 1. AGRAVO interposto pela FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DO ABC - UFABC contra decisão monocrática proferida por este Relator que negou seguimento à apelação interposta pela referida instituição de ensino em face da r. sentença proferida em mandado de segurança que, confirmando a liminar, concedeu a ordem para reconhecer o direito da impetrante de realizar estágio supervisionado não obrigatório, devendo a autoridade impetrada adotar os procedimentos necessários para garantir esse direito. 2. Os argumentos apresentados no agravo não abalam a fundamentação e a conclusão exaradas na decisão vergastada. 3. É certo que o artigo 557 do Código de Processo Civil autoriza o Relator a julgar monocraticamente qualquer recurso - e também a remessa oficial, nos termos da Súmula nº 253 do Superior Tribunal de Justiça - desde que sobre o tema recorrido haja jurisprudência dominante do respectivo Tribunal ou de Tribunais Superiores, justamente a hipótese dos autos. 4. Esclareceu-se que a autonomia conferida às universidades não é absoluta, não sendo permitido às instituições de ensino criar normas que se sobreponham aos requisitos elencados na Lei nº 11.788/2008 - que dispõe sobre o estágio de estudantes -, criando obstáculos ao direito à educação, constitucionalmente garantido. 5. *Não pode a instituição de ensino privar a aluna da chance de complementação do aprendizado e vivência da prática profissional, princípios que regem o estágio. A agravante privilegia os alunos com melhores notas, fazendo-os merecedor do estágio, em detrimento dos alunos com menor aproveitamento acadêmico, e em flagrante ofensa aos princípios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade. Se a empresa contratante se satisfaz com o currículo da acadêmica, não tem o menor sentido que justamente a universidade que lhe presta o ensino formal oponha óbice a que a aluna possa frequentar o estágio como complemento da formação acadêmica. Recorde-se que o estágio não obrigatório, previsto no artigo 2º, § 2º, da Lei nº 11.788/2008, é uma opção do aluno, e não da universidade, constituindo um verdadeiro absurdo a impetrada se opor a ele, baseada em números frios, olvidando, em favor da tecnocracia docente, realidades maiores da vida*. 6. Agravo legal improvido. (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS 0001081-89.2015.4.03.6126, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 10/12/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 17/12/2015) (grifei)

ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDADE. ESTÁGIO. REGULAMENTAÇÃO. EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES FUNDADOS NA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. 1. A entidade em tela, Fun-

dação Universidade do ABC, valendo-se da autonomia constitucional a ela garantida, decidiu por criar novos critérios para o exercício do estágio, ao arrepio da legislação de regência, notadamente hostilizando as balizas impostas pela Lei nº 11.788/2008. 2. Precedentes deste Tribunal (decisões exaradas nos AI 2014.03.00.028464-3/SP, Relator Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, publicada no D.E. 28/11/2014, AI 2014.03.00.019810-6/SP, Relatora Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA, publicada no D.E. de 29/08/2014 e AI 2014.03.00.022968-1/SP, Relator Juiz Federal Convocado CIRO BRANDANI, decisão publicada no D.E. de 07/10/2014, entre outros). 3. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento. (TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AMS 0002497-92.2015.4.03.6126, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 18/11/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 03/12/2015)

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO à apelação e à remessa oficial e JULGO PREJUDICADO o agravo retido.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

0002057-10.2016.4.03.0000

(2016.03.00.002057-0)

Requerente: ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Interessada: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES - PRESIDENTE

Classe do Processo: SLAT 3015

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/07/2016

DECISÃO

Vistos etc.,

Cuida-se de agravos regimentais interpostos pela Defensoria Pública da União e pelo Ministério Público Federal contra a decisão de fls. 216/224 da Presidência deste Tribunal Regional Federal que determinou a suspensão da tutela antecipada concedida pelo juízo de primeiro grau, permitindo, assim, os trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul.

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou pedido de suspensão da decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 4ª Vara Federal de Campo Grande/MS que, nos autos da ação civil pública nº 0013512-48.2015.4.03.6000, deferiu o pedido de liminar para suspender a CPI - Comissão Parlamentar de Inquérito desencadeada pela Assembleia Legislativa de Mato Grosso do Sul através do Ato nº 06/15 do Gabinete da Presidência, que tem por objetivo apurar a responsabilidade do CIMI - Conselho Indigenista Missionário na incitação e financiamento de invasões de propriedades particulares por indígenas que vivem no Estado.

Deferida a suspensão da tutela, a Defensoria Pública da União, autora da ação civil pública, interpôs agravo regimental sustentando, em síntese, que a análise do pedido de suspensão deve obrigatoriamente fundar-se no potencial lesivo da medida questionada e na sua aptidão para provocar grave ofensa à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, ao passo que a decisão da Presidência foi fundamentada exclusivamente na incompetência absoluta do juízo, com mera referência à existência de grave lesão à ordem administrativa, descumprindo, assim, o comando legal. Aduz que a competência para apreciar o feito é da Justiça Federal porque as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União e que a CPI almeja imiscuir-se nessa relação, extrapolando suas competências investigativas. Aponta que o requerimento complementar de abertura da CPI indica como objetivo da investigação apurar “conflitos entre produtores rurais e indígenas, causados pela invasão de propriedades particulares [...], o que tem piorado a vida no campo e colocado em risco as vidas dos índios e dos produtores”, o que não pode ser encarado como uma simples questão de ordem administrativa/civil ou de política econômica local sem que acarrete imensos prejuízos para a proteção dos direitos dos índios. Defende que a Justiça Federal é competente ainda que a União não intervenha no feito porque a Defensoria Pública da União está representando um interesse cuja proteção e normatização é atribuída ao ente federal, consoante entendimento extensivo que deve ser dado ao artigo 109, I, da Constituição Federal.

Por sua vez, o *Parquet* Federal agravou sustentando, em resumo, que a competência é

da Justiça Federal nos termos do artigo 109, XI, da Carta Magna, e que na justificativa para instaurar a CPI constata-se a presença de interesse federal, haja vista as menções à ocupação de terras por indígenas, à necessidade de intervenção da União na resolução do grave problema que atinge os produtores sul-mato-grossenses e à investigação das aplicações dos recursos oriundos de organizações internacionais e/ou federais destinados a promover melhorias na qualidade de vida das comunidades indígenas. Argui que o discurso manifesto da justificativa para instauração da CPI é investigar o CIMI, contudo, o discurso latente é a investigação do próprio movimento social indígena. Aponta a inexistência de conflito federativo por não se vislumbrar a produção de duas consequências, quais sejam, a instabilidade do equilíbrio federativo e a ruptura da harmonia entre as entidades.

Contraminuta do Estado de Mato Grosso do Sul a fls. 266/274 pelo não provimento dos agravos.

A fl. 280 converti o julgamento em diligência para que fosse oficiado ao Presidente da Assembleia Legislativa de Mato Grosso do Sul para que informasse sobre o andamento da CPI.

Por meio do Ofício OF/PRES/DGL/008/2016 o Presidente daquele Poder Legislativo informou “que a CPI criada pelo Ato nº 06/15, desta Presidência, encerrou no dia 10 de maio do corrente ano, com a aprovação do relatório final, que foi publicado, no Diário Oficial da Assembleia Legislativa/MS do dia 13 de maio de 2016” (*sic*).

Instados a se manifestar sobre o documento, o Estado de Mato Grosso do Sul e o Ministério Público Federal manifestaram interesse no prosseguimento do feito (fls. 307/308 e 310v), enquanto a Defensoria Pública da União pugnou pela perda superveniente do objeto do incidente (fls. 311/312).

É o relatório.

Decido.

O incidente de suspensão de liminar ou de antecipação de tutela (SLAT) se destina a proteger o interesse público quando a execução de uma decisão proferida judicialmente, antes de seu trânsito em julgado, tiver potencial de causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, consoante estabelece o artigo 4º da Lei nº 8.437/92.

Art. 4º. Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Como ensina *Caio Cesar Rocha*, in *Pedido de Suspensão de Decisões Contra o Poder Público*, “O pedido de suspensão é instituto criado como mecanismo de defesa de certos valores definidos em lei como relevante e qualificado interesse público. Desta forma, verificando-se a situação de risco para a economia, saúde, segurança ou ordem públicas, é permitido ao ente de direito público interessado requerer a sustação da eficácia da decisão judicial que lhe deu causa, a fim de proteger referidos valores, ainda que em detrimento do interesse particular de obtenção do provimento jurisdicional efetivo” (ob. cit., Saraiva, 2012, págs. 68-69).

Por proteger direitos específicos alçados pelo legislador à condição de relevante interesse público, a princípio não se discute, no pedido de suspensão de segurança ou de antecipação de tutela, o mérito da demanda. Neste sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. REFINARIA. PETRÓLEO. ICMS. REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO. LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS.

1. A agravante não logrou infirmar ou mesmo elidir os fundamentos adotados para o deferimento do pedido de suspensão.

2. No presente caso, a manutenção do tratamento tributário diferenciado concedido à agravante pelo Decreto estadual 37.486/2005, revogado pelo Decreto estadual 40.578/2007, provoca o desequilíbrio da concorrência e dificulta a administração tributária estadual.

3. *Na suspensão de segurança não se aprecia, em princípio, o mérito do processo principal, mas tão-somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas.*

4. Agravo regimental improvido.

(STF, SS 3273 AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie (Presidente), j. 16.04.2008, DJe 19.06.2008) - sublinhei.

Pois bem, fiz essas considerações para pontuar que diante do encerramento dos trabalhos da CPI não há mais razões de ordem legal ou jurídica para continuar com o presente feito.

Com efeito, *não há mais risco de lesão à ordem pública, à saúde, à segurança ou à economia*. Os trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito foram realizados e concluídos, legitimamente ou não, questão que será apreciada pelo juízo de Primeira Instância ao proferir a sua sentença e, se provocado por recurso de apelação, esta E. Corte Federal.

A argumentação do Estado de Mato Grosso do Sul no sentido de que “extinguindo-se este PSL e restabelecendo-se a liminar que suspendeu a CPI, estar-se-ia pondo em discussão a validade de todos os atos praticados sob a égide da liminar deste Pedido, e da própria CPI, cujo relatório já foi apresentado e produz os seus jurídicos e legais efeitos” (fl. 308), não se sustenta sob a lógica jurídica, haja vista que a decisão proferida em sede de suspensão de liminar ou de antecipação da tutela não tem efeito substitutivo, ou seja, não substitui a liminar proferida.

Portanto, ao contrário do apregoado pelo Estado, não se discute a validade dos atos praticados, pois que amparados pela decisão emanada do Poder Judiciário. Também não se questiona o eventual acerto ou desacerto da liminar deferida, pois este deve ser objeto de recurso próprio, o que é bem diferente de impedir o cumprimento da liminar para evitar grave lesão ao interesse público.

Nesse contexto, como bem salientou a Defensoria Pública da União, “mesmo pendente de julgamento a Ação Civil Pública, não haveria qualquer efeito prático em manter a suspensão da decisão liminar, pois a CPI já concluiu seus trabalhos, não sendo possível em sede de suspensão de segurança promover a anulação do ato cujos efeitos já se exauriram” (fl. 311v).

Há, conseqüentemente, manifesta falta de interesse processual, que, de acordo com a lição de *Vicente Greco Filho*, é “a necessidade de se recorrer ao Judiciário para a obtenção do resultado pretendido, independentemente da legitimidade ou legalidade da pretensão. Para verificar-se se o autor tem interesse processual para a ação deve-se responder afirmativamente à seguinte indagação: para obter o que pretende o autor necessita da providência jurisdicional pleiteada?” (Direito Processual Civil, 1º Volume, Saraiva, 15ª edição, pág. 80).

Em sua imprescindível obra intitulada Código de Processo Civil Comentado, os juristas *Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery* afirmam que “existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático. Verifica-se o interesse processual quando o direito tiver sido ameaçado ou efetivamente violado” (Editora

Revista dos Tribunais, 13^a edição, pág. 609).

O mesmo ensina o Desembargador Federal *Nelton dos Santos* na obra coletiva Código de Processo Civil Interpretado, de coordenação de Antonio Carlos Marcato. Segundo o magistrado, se o resultado útil do processo puder ser alcançado sem a intervenção do Estado-juiz, o demandante será carecedor do direito de ação; além de que, ressalta, o provimento jurisdicional há de ser apto a corrigir o mal de que se queixa a parte, sob pena de também nesta hipótese restar configurada a falta de interesse de agir (processual) - (ob. cit., Editora Atlas, 2004, pág. 774).

O interesse de agir deve ser apurado a partir do binômio necessidade e utilidade do provimento jurisdicional visado, de modo que não há como não se reconhecer na espécie que o amparo do Judiciário, embora fosse de início imprescindível, tornou-se desnecessário e inútil. Logo, não remanescendo interesse jurídico, vez que os trabalhos da CPI que se buscava suspender foram encerrados, descabe continuar com o presente, pois não há mais perigo de lesão ao interesse público.

Ante o exposto, julgo PREJUDICADA a presente suspensão de tutela, bem como os agravos regimentais, nos termos dos artigos 485, inciso VI e 932, inciso III, ambos do Código de Processo Civil.

Publique-se.

Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, arquivem-se.

São Paulo, 18 de julho de 2016.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Presidente

Direito Ambiental



AGRAVO DE INSTRUMENTO

0000988-74.2015.4.03.0000

(2015.03.00.000988-0)

Agravantes: PAULO CÉSAR SIBIN E JOSÉ ANTÔNIO DE AMORIN
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE
Classe do Processo: AI 549144
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/07/2016

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. NOVO CÓDIGO FLORESTAL (LEI 12.651/2012). EFICÁCIA *EX NUNC*. INAPLICÁVEL A FATOS PRETÉRITOS QUANDO IMPLICAR EM REDUÇÃO À PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. ATO JURÍDICO PERFEITO. ART. 61-A, §§ 1º e 12 DA LEI 12.651/12. ATIVIDADES DOS AGRAVANTES NÃO ASSOCIADAS ÀS EXCEÇÕES ELENCADAS. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

- Por primeiro, não é caso de aplicabilidade das normas do novo Código Florestal.
- O C. STJ já firmou entendimento, no sentido de que o novo regramento material tem eficácia *ex nunc* e não alcança fatos pretéritos quando implicar em redução do patamar de proteção do meio ambiente sem a necessária compensação, principalmente quando a referida aplicação violar o ato jurídico perfeito. Precedentes do STJ e desta Corte.
- No caso dos autos, o Termo de Ajustamento de Conduta às fls. 113/ 116, firmado por todos interessados e tendo preenchido os requisitos de validade intrínsecos e extrínsecos, constitui ato jurídico perfeito, não perdendo sua eficácia pela superveniência do novo Código Florestal.
- Não pode o novo *Codex* retroagir para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, sob pena de violação ao princípio da vedação ao retrocesso em material ambiental, bem como ao artigo 225 da Constituição Federal, o qual prevê a manutenção do meio ambiente equilibrado como direito fundamental de terceira geração.
- Prejudicado o pedido de aplicação do Decreto Estadual nº 61.792/2016, que regulamenta a Lei nº 15.684/2015 (protocolado às fls. 411/416), pois mesmo que prevista esta última no Novo Código Florestal, este, conforme já esposado, não se aplica ao caso dos autos.
- O conteúdo normativo do artigo 61-A, §§ 1º e 12 da Lei 12.651/12 configura permissivo excepcional e deve ser interpretado restritivamente.
- Não estando as atividades desenvolvidas nas propriedades dos agravantes (pesca e lazer) associadas às exceções elencadas pela lei (agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural), verifica-se mantida a vedação à ocupação da área *sub judice*.
- Agravo de instrumento improvido.

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

São Paulo, 06 de julho de 2016.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

Trata-se de agravo de instrumento interposto por PAULO CÉSAR SIBIN e JOSÉ ANTÔNIO AMORIM em face da decisão de fl. 32 que, em sede de execução, indeferiu pedido de aplicação do comando do art. 61-A § 1º e 12º do novo Código Florestal (Lei 12.651/2012).

Alegam os agravantes, em síntese, que devem ser aplicados ao caso os mencionados parágrafos do artigo 61-A, tendo em vista que as propriedades imóveis cuja adequação ambiental se discute nos autos qualificam-se no conceito de “situação consolidada” para os termos do Código Florestal, na medida em que foram constituídas em período anterior a 22.12.2008. Aduzem, ainda, a possibilidade da utilização da analogia para que os ranchos de pescaria dos agravantes tenham o mesmo tratamento dado pelo artigo em comento às atividades agrosilvipastoris, de ecoturismo e turismo rural, evitando assim as obrigações impostas pelo TAC celebrado com o Ministério Público Estadual.

Foi indeferido o pedido de concessão de efeito suspensivo (fls. 371/375v).

O Ministério Público Federal apresentou contraminuta (fls. 378/388).

Em face da decisão liminar, os agravantes apresentaram pedido de reconsideração (fls. 390/403).

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

Não assiste razão aos agravantes.

A questão ora discutida foi objeto de análise nos presentes autos pela decisão proferida a fls. 371/375v, a qual fora redigida nos seguintes termos:

Nos termos do artigo 558, do Código de Processo Civil, a concessão de efeito suspensivo ao cumprimento da decisão está condicionada à relevância da fundamentação jurídica e a perspectiva de lesão grave e de difícil reparação.

Outrossim, a antecipação dos efeitos da tutela recursal exige a demonstração, por meio de prova inequívoca, da verossimilhança das alegações, do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, ainda, que haja abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, conforme previsto nos artigos 527, III, c.c 273, do Código de Processo Civil.

No caso dos autos, em juízo de cognição sumária, não vislumbro suficiente relevância na fundamentação para deferimento da suspensão ativa à decisão.

Por primeiro, não é caso de aplicabilidade das normas do novo Código Florestal.

Realmente, o C. STJ já firmou entendimento, no sentido de que o novo regramento material tem eficácia *ex nunc* e não alcança fatos pretéritos quando implicar em redução do patamar de proteção do meio ambiente sem a necessária compensação, principalmente quando a referida aplicação violar o ato jurídico perfeito.

Confira-se:

“ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. FORMAÇÃO DA ÁREA DE RESERVA LEGAL. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. SÚMULA 83/STJ. PREJUDICADA A ANÁLISE DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 12.651/12. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO IMEDIATA. IR-RETROATIVIDADE. PROTEÇÃO AOS ECOSSISTEMAS FRÁGEIS. INCUMBÊNCIA DO ESTADO. INDEFERIMENTO.

1. 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 nexa causal como determinantes do dever de recuperar a área de preservação permanente.

2. Prejudicada a análise da divergência jurisprudencial apresentada, porquanto a negatória de seguimento do recurso pela alínea ‘a’ do permissivo constitucional baseou-se em jurisprudência recente e consolidada desta Corte, aplicável ao caso dos autos.

3. Indefiro o pedido de aplicação imediata da Lei 12.651/12, notadamente o disposto no art. 15 do citado regramento. *Recentemente, esta Turma, por relatoria do Ministro Herman Benjamin, firmou o entendimento de que ‘o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da ‘incumbência’ do Estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I).’* Agravo regimental improvido.”

(AgRg no AREsp 327.687/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013).

“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 nexa 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 imediata-

mente exigível do proprietário atual.

4. *A Segunda Turma desta Corte firmou a orientação de inaplicabilidade de norma ambiental superveniente de cunho material aos processos em curso, seja para proteger o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, seja para evitar a redução do patamar de proteção de ecossistemas frágeis sem as necessárias compensações ambientais.*

5. Ademais, o art. 68 da Lei 12.651/2012 prevê a dispensa da recomposição, da compensação ou da regeneração, nos percentuais exigidos nesta Lei, nos casos em que a supressão de vegetação nativa tenha respeitado os percentuais de reserva legal previstos na legislação vigente à época dos fatos, o que não ocorreu na hipótese, uma vez a determinação do Tribunal de origem consistiu na apresentação de projeto de demarcação da área de reserva legal, com especificação de plantio, observadas as disposições do Decreto nº 6514/08 e do Decreto nº 7029/09 (fl. 696, e-STJ). Rever o decidido pela Corte estadual encontra óbice na Súmula 7 do STJ.

6. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que o art. 16, c/c o art. 44 da Lei 4.771/1965, impõe a averbação da reserva legal, independentemente de haver área florestal ou vegetação nativa na propriedade. 7. A Corte estadual consignou que a falta de reserva legal por si só acarreta degradação ambiental e asseverou que as provas produzidas seriam suficientes para a composição do conflito, sendo desnecessária a realização de perícia técnica. Nesse aspecto, não há como aferir eventual violação dos dispositivos infraconstitucionais invocados sem que se proceda ao reexame do conjunto probatório dos presentes autos (Súmula 7/STJ).

8. Prejudicada a análise da divergência jurisprudencial apresentada, porquanto a negatória de seguimento do recurso pela alínea 'a' do permissivo constitucional baseou-se em jurisprudência recente e consolidada desta Corte, aplicável ao caso dos autos. Ademais, não há similitude fática e jurídica apta a ensejar o conhecimento do recurso, em face do confronto da tese adotada no acórdão hostilizado e na apresentada nos arestos colacionados, uma vez que cada um deles, individualmente, traz uma das teses abarcadas no recurso especial e não todas ao mesmo tempo, o que lhe retira a identidade necessária ao conhecimento do recurso.

Agravo regimental improvido.”

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

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. NOVO CÓDIGO FLORESTAL (LEI 12.651/2012). REQUERIMENTO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO. INVIABILIDADE. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. RECEBIMENTO COMO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO APONTADA. AUTO DE INFRAÇÃO. IRRETROATIVIDADE DA LEI NOVA. ATO JURÍDICO PERFEITO. DIREITO ADQUIRIDO. ART. 6º, *CAPUT*, DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO.

1. Trata-se de requerimento apresentado pelo recorrente, proprietário rural, no bojo de ‘ação de anulação de ato c/c indenizatória’, com intuito de ver reconhecida a falta de interesse de agir superveniente do Ibama, em razão da entrada em vigor da Lei 12.651/2012 (novo Código Florestal), que revogou o Código Florestal de 1965 (Lei 4.771) e a Lei 7.754/1989. Argumenta que a nova legislação ‘o isentou da punição que o afligia’, e que ‘seu ato não representa mais ilícito algum’, estando, pois, ‘livre das punições impostas’. Numa palavra, afirma que a Lei 12.651/2012 procedera à anistia dos infratores do Código Florestal de 1965, daí sem valor o auto de infração ambiental lavrado contra si e a imposição de multa de R\$ 1.500, por ocupação e exploração irregulares, anteriores a julho de 2008, de Área de Preservação Permanente nas margens do rio Santo Antônio.

2. O requerimento caracteriza, em verdade, pleito de reconsideração da decisão colegiada proferida pela Segunda Turma, o que não é admitido pelo STJ. Nesse sentido: RCDESP no AgRg no Ag 1.285.896/MS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 29.11.2010; AgRg nos EREsp 1.068.838/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe 11.11.2010; PET nos EDcl no AgRg no Ag 658.661/MG, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJe 17.3.2011; RCDESP no CC 107.155/MT, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, DJe 17.9.2010; RCDESP no Ag 1.242.195/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segun-

da Turma, DJe 3.9.2010. Por outro lado, impossível receber pedido de reconsideração como Embargos de Declaração, sob o manto do princípio da fungibilidade recursal, pois não se levanta nenhuma das hipóteses do art. 535 do CPC.

3. *Precedente do STJ que faz valer, no campo ambiental-urbanístico, a norma mais rigorosa vigente à época dos fatos, e não a contemporânea ao julgamento da causa, menos protetora da Natureza: O 'direito material aplicável à espécie é o então vigente à época dos fatos. In casu, Lei nº 6.766/79, art. 4º, III, que determinava, em sua redação original, a 'faixa non aedificandi de 15 (quinze) metros de cada lado' do arroio' (REsp 980.709/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 2.12.2008).*

4. Ademais, como deixa claro o novo Código Florestal (art. 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'.

5. Ora, se os autos de infração e multas lavrados tivessem sido invalidados pelo novo Código ou houvesse sido decretada anistia geral e irrestrita das violações que lhe deram origem, configuraria patente contradição e ofensa à lógica jurídica a mesma lei referir-se a 'suspensão' e 'conversão' daquilo que não mais existiria: o legislador não suspende, nem converte o nada jurídico.

Vale dizer, os autos de infração já constituídos permanecem válidos e blindados como atos jurídicos perfeitos que são - apenas a sua exigibilidade monetária fica suspensa na esfera administrativa, no aguardo do cumprimento integral das obrigações estabelecidas no PRA ou no TC. Tal basta para bem demonstrar que se mantém incólume o interesse de agir nas demandas judiciais em curso, não ocorrendo perda de objeto e extinção do processo sem resolução de mérito (CPC, art. 267, VI).

6. Pedido de reconsideração não conhecido.”

(PET no REsp 1240122/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 19/12/2012)

“AMBIENTAL. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. FUNÇÃO ECOLÓGICA DA PROPRIEDADE. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. MÍNIMO ECOLÓGICO. DEVER DE REFLORESTAMENTO. OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*. ART. 18, § 1º, DO CÓDIGO FLORESTAL de 1965. REGRA DE TRANSIÇÃO.

1. Inexiste direito ilimitado ou absoluto de utilização das potencialidades econômicas de imóvel, pois antes até 'da promulgação da Constituição vigente, o legislador já cuidava de impor algumas restrições ao uso da propriedade com o escopo de preservar o meio ambiente' (EResp 628.588/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 9.2.2009), tarefa essa que, no regime constitucional de 1988, fundamenta-se na função ecológica do domínio e posse.

2. Pressupostos internos do direito de propriedade no Brasil, as Áreas de Preservação Permanente e a Reserva Legal visam a assegurar o mínimo ecológico do imóvel, sob o manto da inafastável garantia constitucional dos 'processos ecológicos essenciais' e da 'diversidade biológica'. Componentes genéticos e inafastáveis, por se fundirem com o texto da Constituição, exteriorizam-se na forma de limitação administrativa, técnica jurídica de intervenção estatal, em favor do interesse público, nas atividades humanas, na propriedade e na ordem econômica, com o intuito de discipliná-las, organizá-las, circunscrevê-las, adequá-las, condicioná-las, controlá-las e fiscalizá-las. Sem configurar desapossamento ou desapropriação indireta, a limitação administrativa opera por meio da imposição de obrigações de não fazer (*non facere*),

de fazer (facere) e de suportar (pati), e caracteriza-se, normalmente, pela generalidade da previsão primária, interesse público, imperatividade, unilateralidade e gratuidade. Precedentes do STJ.

3. ‘A obrigação de reparação dos danos ambientais é *propter rem*’ (REsp 1.090.968/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.8.2010), sem prejuízo da solidariedade entre os vários causadores do dano, descabendo falar em direito adquirido à degradação. O ‘novo proprietário assume o ônus de manter a preservação, tornando-se responsável pela reposição, mesmo que não tenha contribuído para o desmatamento. Precedentes’ (REsp 926.750/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 4.10.2007; em igual sentido, entre outros, REsp 343.741/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 7.10.2002; REsp 843.036/PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 9.11.2006; EDcl no Ag 1.224.056/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6.8.2010; AgRg no REsp 1.206.484/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.3.2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.203.101/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 18.2.2011). Logo, a obrigação de reflorestamento com espécies nativas pode ‘ser imediatamente exigível do proprietário atual, independentemente de qualquer indagação a respeito de boa-fé do adquirente ou de outro nexo causal que não o que se estabelece pela titularidade do domínio’ (REsp 1.179.316/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 29.6.2010).

4. ‘O § 1º do art. 18 do Código Florestal quando dispôs que, ‘se tais áreas estiverem sendo utilizadas com culturas, de seu valor deverá ser indenizado o proprietário’, apenas criou uma regra de transição para proprietários ou possuidores que, à época da criação da limitação administrativa, ainda possuíam culturas nessas áreas’ (REsp 1237071/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 11.5.2011).

5. Recurso Especial não provido.”

(REsp 1240122/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 11/09/2012).

Este E. Tribunal regional Federal da 3ª Região também já se pronunciou sobre o tema, conforme jurisprudência que ora colaciono:

“EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - MULTA DO IBAMA - OCUPAÇÃO IRREGULAR DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - EDIÇÃO DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL A NÃO ANISTIAR A INFRAÇÃO COMETIDA - LEGALIDADE - PRINCÍPIO *TEMPUS REGIT ACTUM* - IMPROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS

1. Configura o meio ambiente bem ao alcance de todos e pelo qual também a coletividade deva primar, em seus cuidados, proteção e perpetuação, nos termos do art. 225, da Lei Maior.

2. O polo apelante foi autuado pela utilização, sem autorização dos órgãos competentes, de área de preservação permanente do reservatório da Usina Hidrelétrica de Ilha Solteira, consoante os auto de infração de fls. 74.

3. O Código Florestal vigente ao tempo dos fatos, Lei 4.771/65, art. 2º, ‘b’, considerava de preservação permanente as áreas ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais ou artificiais.

4. Seguindo as diretrizes da Lei 6.938/81, art. 6º, II, o Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, no exercício de suas atribuições legais, editou a Resolução 302/2002, arts. 2º e 3º, regulamentando aquele dispositivo do Código Florestal:

5. Flagrando a Fiscalização ocupação irregular de terreno legalmente protegido, inexistente dúvida acerca do cometimento da infração, tanto que, conforme a r. sentença, não nega o cometimento do ilícito o polo autoral, muito menos tecido na peça recursal qualquer argumento contrapondo-se à constatação do Fiscal, portanto lícita a autuação combatida.

6. *Sem amparo ao polo recorrente buscar proteção na Lei 12.651/2012, que estatuiu novo Código Florestal Brasileiro, e, quanto aos reservatórios artificiais destinados à geração de energia elétrica, firmou novel metragem a ser observada, art. 62, porquanto tais diretrizes têm efeito ex nunc, não se aplicando a fatos pretéritos, ao passo que, se pretendesse o legis-*

lador modificar situações já consolidadas sob a égide da antiga norma, assim o teria feito expressamente.

7. Como elucidado pela União em contrarrazões, os ditames do art. 59, § 4º, da Lei 12.561/2012, que trata das disposições transitórias, não se aplicam ao caso concreto, tendo-se em vista que a norma apenas permitiu que, durante a implantação de Programa de Regularização Ambiental - PRA, mediante cumprimento de termo de compromisso, os proprietários e possuidores não poderiam ser atuados por infrações cometidas antes de 22/08/2008, relativas à supressão irregular de vegetação em área de preservação permanente, reserva legal e de uso restrito, não se amoldando esta situação à infração cometida pelo recorrente, qual seja, ocupação/utilização de APP sem autorização competente, portanto, ilícitos distintos.

8. *Não prevendo o novo Código Florestal 'anistia' à infração cometida (fato incontroverso) e em função da natureza administrativa da sanção, incidente o princípio tempus regit actum, afinal arrimada na estrita legalidade a autuação deflagrada pelo IBAMA, art. 37, caput, Lei Maior, naquele ano 2005. Precedente.*

9. A hermenêutica atinente à transição de normas impõe seja mantida a autuação combatida, por ausente estabelecimento expresso de anistia, para o caso concreto em exame, da infração cometida, logo observada a legalidade dos atos estatais, *caput* do art. 37, Lei Maior.

10. Improvimento à apelação. Improcedência aos embargos.”

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0042530-53.2012.4.03.9999, Rel. JUIZ CONVOCA-DO SILVA NETO, julgado em 05/06/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/06/2014).

No caso dos autos, o Termo de Ajustamento de Conduta às fls. 113/ 116, firmado por todos interessados e tendo preenchido os requisitos de validade intrínsecos e extrínsecos, constitui ato jurídico perfeito, não perdendo sua eficácia pela superveniência do novo Código Florestal, conforme a jurisprudência colacionada acima.

Isso porque tal documento foi constituído legal e validamente sob a vigência da disciplina anterior, que não previa hipóteses de exceção à regra de proteção integral às APPs. É datado de 6 de julho de 2001, tendo sido, com a ocorrência de “Termo de Compromisso” (fls. 128/ 131), as obrigações dos agravantes de retirar as edificações e entulhos, bem como apresentar Projeto de Recuperação Ambiental, sido estipuladas para o prazo máximo de 31.05.2005; anos antes da vigência do novo código.

Por outro lado, desconsiderar o documento de ajustamento estabelecido com o *Parquet* implicaria uma diminuição do patamar ambiental protetivo, o que vai de encontro ao entendimento jurisprudencial e à teoria de ampliação dos direitos fundamentais, algo basilar na doutrina dominante nesta seara.

De outra sorte, ao menos em juízo de cognição sumária, não deve prevalecer a tese da adequação do tipo de propriedade dos agravantes para os efeitos 61-A, §§ 1º e 12, da lei em comento. Ainda que as edificações tenham sido erigidas antes de 2008, as atividades desenvolvidas na localidade não estão abrangidas pelo texto legal, cujo teor a seguir se transcreve:

“Art. 61-A. Nas Áreas de Preservação Permanente, é autorizada, exclusivamente, a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008.

§ 1º. Para os imóveis rurais com área de até 1 (um) módulo fiscal que possuam áreas consolidadas em Áreas de Preservação Permanente ao longo de cursos d’água naturais, será obrigatória a recomposição das respectivas faixas marginais em 5 (cinco) metros, contados da borda da calha do leito regular, independentemente da largura do curso d’água.

(...)

§ 12. Será admitida a manutenção de residências e da infraestrutura associada às atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural, inclusive o acesso a essas atividades, independentemente das determinações contidas no *caput* e nos §§ 1º a 7º, desde que não estejam em área que ofereça risco à vida ou à integridade física das pessoas.

(...)”

O conteúdo normativo, ora colacionado, configura permissivo excepcional e, como tal, deve ser interpretado restritivamente. Portanto, não estando as atividades desenvolvidas nas propriedades dos agravantes (pesca e lazer) associadas às exceções elencadas pela lei (agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural), verifica-se mantida a vedação à ocupação da área *sub judice*.

Ante o exposto, *indefiro a concessão do efeito suspensivo pleiteado*.

Comunique-se ao juízo “a quo”.

Intime-se a agravada para que se manifeste nos termos e para os efeitos do art. 527, V do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Frise-se que, de acordo com a jurisprudência do E. STJ, adotada pela decisão que indeferiu o efeito suspensivo pleiteado, o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, como o Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre a ora agravante e o Ministério Público (fls. 113/ 116). Tal documento foi constituído legal e validamente sob a vigência da disciplina anterior, que não previa hipóteses de exceção à regra de proteção integral às APPs.

Ademais, também não pode o novo *Codex* retroagir para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, sob pena de violação ao princípio da vedação ao retrocesso em material ambiental, bem como ao artigo 225 da Constituição Federal, o qual prevê a manutenção do meio ambiente equilibrado como direito fundamental de terceira geração.

Dessa forma, prejudicado o pedido de aplicação do Decreto Estadual nº 61.792/2016, que regulamenta a Lei nº 15.684/2015 (protocolado às fls. 411/416), pois mesmo que prevista esta última no Novo Código Florestal, este, conforme já esposado, não se aplica ao caso dos autos.

De outro lado, o conteúdo normativo do artigo 61-A, §§ 1º e 12 da Lei 12.651/12 configura permissivo excepcional e deve ser interpretado restritivamente. Portanto, não estando as atividades desenvolvidas nas propriedades dos agravantes (pesca e lazer) associadas às exceções elencadas pela lei (agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural), verifica-se mantida a vedação à ocupação da área *sub judice*.

Deveras, não vislumbro a presença de elementos que evidenciem, na decisão anteriormente proferida, qualquer desacerto.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento, nos termos da fundamentação.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

Direito Civil



APELAÇÃO CÍVEL
0003655-40.2004.4.03.6104
(2004.61.04.003655-3)

Apelantes: CAIXA SEGURADORA S/A E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelados: MARIA CIDALIA LIMA CERQUEIRA E OUTROS(AS)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SANTOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA
Classe do Processo: AC 1417535
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/07/2016

EMENTA

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. SFH. SINISTRO DE MORTE. QUITAÇÃO DO CONTRATO POR COBERTURA SECURITÁRIA. INTERVENÇÃO DA UNIÃO: DESNECESSIDADE. CONDENAÇÃO DO LITISCONSORTE NECESSÁRIO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS. PRESCRIÇÃO: INOCORRÊNCIA. NEGATIVA DE COBERTURA. DOENÇA PREEXISTENTE AO CONTRATO. NÃO EXISTÊNCIA DE EXAMES PRÉVIOS PELA SEGURADORA. MÁ-FÉ NÃO CARACTERIZADA. RECURSOS IMPROVIDOS.

1. Desnecessária a intervenção da União em feitos nos quais se discutem contratos de mútuo regidos pelas regras do Sistema Financeiro da Habitação. Precedente.
2. A CEF integra o polo passivo da presente demanda na qualidade de litisconsorte necessário, dada a natureza da relação jurídica estabelecida entre as partes contratantes. Com efeito, o pedido deduzido refere-se não apenas à cobertura securitária por força do óbito da mutuária, mas também à quitação do contrato de financiamento imobiliário, o que inegavelmente traz consequências para a obrigação contratual estabelecida entre os mutuários e a CEF. Desse modo, correta a condenação da CEF ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência.
3. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado pela prescrição anual da pretensão de recebimento de cobertura securitária nos contratos de mútuo firmados no âmbito do SFH. Precedente.
4. O lapso prescricional anual tem início a partir da ciência inequívoca quanto à incapacidade e se suspende entre a comunicação do sinistro e a data da recusa do pagamento da indenização. Precedentes obrigatórios que, embora se refiram à sinistro de invalidez permanente, permitem aplicação analógica aos casos de sinistro de morte.
5. Da data da ocorrência do óbito (07/11/2002) até a comunicação do sinistro à estipulante (09/12/2002), decorreu cerca de um mês. Os onze meses restantes, portanto, somente continuaram a fluir a partir de 30/07/2003, quando foi negada a cobertura securitária. Se a ação foi ajuizada, como visto, em 15/04/2004, resta afastada a ocorrência da prescrição do artigo 206, § 1º, inciso II, do Código Civil.
6. O Superior Tribunal de Justiça e a Primeira Turma deste Tribunal Regional Federal da Terceira Região já se posicionaram no sentido de que a Seguradora não pode alegar doença preexistente a fim de negar cobertura securitária, nos casos em que recebeu pagamento de prêmios e concretizou o seguro sem exigir exames prévios. Precedentes.
7. Somente a demonstração inequívoca de má-fé do mutuário, que contrata o financiamento ciente da moléstia incapacitante com o fito de obter precocemente a quita-

ção do contrato, poderia afastar o entendimento jurisprudencial consagrado.

8. Os documentos carreados aos autos não lograram demonstrar a má-fé da segurada pela omissão de doença preexistente, nem tampouco a exigência de exames prévios por parte da apelante.

9. Preliminar afastada. Apelações improvidas.

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, afastar a preliminar suscitada e, no mérito, negar provimento às apelações, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de junho de 2016.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Trata-se de ação ordinária ajuizada por Maria Cidália Lima Cerqueira, Alexandra Lima Cerqueira e Izabela Lima Cerqueira contra a Caixa Seguradora S/A e a Caixa Econômica Federal - CEF, em que se pretende a condenação da seguradora à quitação do saldo devedor pela cobertura securitária prevista para o caso de óbito do mutuário, bem como da instituição financeira à amortização mensal.

Deferidos os benefícios da Assistência Judiciária Gratuita (fl. 42).

Deferida a antecipação dos efeitos da tutela requerida, para sustar o procedimento de execução extrajudicial do imóvel financiado, bem como para determinar a exclusão do nome da mutuária falecida dos cadastros de inadimplentes (fls. 53/54).

Contestação da CEF às fls. 71/91 e da Caixa Seguradora S/A às fls. 93/204.

Determinada a expedição de ofício, para que seja encaminhada a documentação médica indicativa do estado de saúde da mutuária falecida (fl. 254 e 269), a Sociedade Portuguesa de Beneficência trouxe o respectivo prontuário às fls. 276/551.

Em decisão saneadora, foi determinada a realização de perícia indireta a partir da prova documental produzida, para dirimir a questão atinente à preexistência da doença da segurada em relação à celebração do contrato (fls. 554/555).

Laudos médicos juntados às fls. 581/584.

Sobreveio sentença, que julgou procedente a demanda, condenando a Caixa Seguradora S/A ao pagamento do saldo devedor do contrato de mútuo firmado pela autora com a CEF. Custas a cargo das rés, assim como honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (fls. 647/650).

Opostos embargos de declaração pela CEF (fls. 654/658), foram rejeitados (fls. 662/662-v).

Apela a CEF (fls. 669/673). Preliminarmente, sustenta a necessidade de intervenção da União na lide. No mérito, insurge-se contra sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios, ao argumento da ausência de sucumbência.

Apela também a Caixa Seguradora S/A (fls. 676/693). Em suas razões recursais, alega que estaria prescrita a pretensão do segurado contra a seguradora. Sustenta, ainda, a impossibilidade de cobertura securitária por óbito do mutuário causado por doença preexistente à celebração do contrato.

Com contrarrazões (fls. 708/715), subiram os autos.

É o relatório.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Da ilegitimidade passiva da União Federal

Afasto a preliminar de legitimidade passiva da União, pois tenho por desnecessária sua intervenção em feitos nos quais se discutem contratos de mútuo regidos pelas regras do Sistema Financeiro da Habitação, conforme entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI N. 70/66. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. UNIÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. NOTIFICAÇÃO PESSOAL INEXISTENTE. EDITAL. INVALIDADE. ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO. I. Pacífica na jurisprudência desta Corte a orientação de que a União não está legitimada passivamente para as causas referentes aos mútuos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação. Precedentes. II. *omissis*. III. Precedentes do STJ. IV. Recurso especial não conhecido.

(STJ, REsp 636.848/AL, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 17/10/2006, DJ 27/11/2006, p. 288)

Passo, assim, à análise do mérito recursal, inciando pela apelação interposta pela CEF.

A CEF integra o polo passivo da presente demanda na qualidade de litisconsorte necessário, dada a natureza da relação jurídica estabelecida entre as partes contratantes. Com efeito, o pedido deduzido refere-se não apenas à cobertura securitária por força do óbito da mutuária, mas também à quitação do contrato de financiamento imobiliário, o que inegavelmente traz consequências para a obrigação contratual estabelecida entre os mutuários e a CEF. Desse modo, correta a condenação da CEF ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência.

Início a apreciação do recurso interposto pela Caixa Seguradora S/A pela alegação de prescrição.

A apelante alega que a responsabilidade a cargo da Seguradora em relação ao Segurado, no caso de sinistro de morte, estaria extinta após decorrido um ano sem que o Segurado tenha comunicado o sinistro ao estipulante, contado da data da ocorrência do sinistro.

É certo que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado pela prescrição anual da pretensão de recebimento de cobertura securitária nos contratos de mútuo firmados no âmbito do SFH:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO HABITACIONAL. MUTUÁRIO. INVALIDEZ PERMANENTE. SE-

GURO. PRESCRIÇÃO ANUAL. TERMO INICIAL. CIÊNCIA INEQUÍVOCA.

1. Na hipótese de contrato de mútuo habitacional firmado no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional (SFH), é ânua o prazo prescricional da pretensão do mutuário/segurado para fins de recebimento de indenização relativa ao seguro habitacional obrigatório. Precedentes.

2. O termo inicial do prazo prescricional ânua, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral (Súmula nº 278/STJ), permanecendo suspenso entre a comunicação do sinistro e a data da recusa do pagamento da indenização (Súmula nº 229/STJ). Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1507380/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 18/09/2015)

O lapso prescricional anual, contudo, tem início a partir da ciência inequívoca quanto à incapacidade. Referido posicionamento encontra-se sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça:

O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral.

(STJ, Súmula 278, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/05/2003, DJ 16/06/2003, p. 416)

E encontra-se igualmente sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça o entendimento segundo o qual referido prazo se suspende entre a comunicação do sinistro e a data da recusa do pagamento da indenização:

O pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão.

(Súmula 229, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/09/1999, DJ 08/10/1999, p. 126)

Embora os precedentes se refiram à sinistro de invalidez permanente, nada obsta sua aplicação analógica aos casos de sinistro de morte.

Desse modo, da data da ocorrência do óbito (07/11/2002, fl. 15) até a comunicação do sinistro à estipulante (09/12/2002, fl. 143), decorreu cerca de um mês.

Os onze meses restantes, portanto, somente continuaram a fluir a partir de 30/07/2003, quando foi negada a cobertura securitária (fl. 151).

Se a ação foi ajuizada, como visto, em 15/04/2004, resta afastada a ocorrência da prescrição do artigo 206, § 1º, inciso II, do Código Civil.

Superada essa questão, resta a análise do fundamento da negativa de cobertura securitária pela apelante.

No caso, os autores pretendem receber a cobertura securitária contratada, invocando a ocorrência de sinistro que culminou no óbito da mutuária, Shirley Maria Perez César Moura. Buscam, em suma, a cobertura do risco de natureza pessoal prevista no item 4.1.1 da apólice de seguro (fl. 33).

De acordo com o Termo de Negativa de Cobertura (fl. 151), a Seguradora negou a cobertura, ao argumento de que “há preexistência da doença em relação à contratação do segurado”.

O Superior Tribunal de Justiça e a Primeira Turma deste Tribunal Regional Federal da Terceira Região já se posicionaram no sentido de que a Seguradora não pode alegar doença preexistente a fim de negar cobertura securitária, nos casos em que recebeu pagamento de prêmios e concretizou o seguro sem exigir exames prévios. Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL, CIVIL, CONSUMIDOR E SFH. RECURSO ESPECIAL. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. SEGURO HABITACIONAL. CONTRATAÇÃO FRENTE AO PRÓPRIO MUTUANTE OU SEGURADORA POR ELE INDICADA. DESNECESSIDADE. CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DE COBERTURA POR DOENÇA PREEXISTENTE. PRÉVIO EXAME MÉDICO. NECESSIDADE.

- É inadmissível o recurso especial deficientemente fundamentado.

Incidência da Súmula 284/STF.

- A despeito da aquisição do seguro ser fator determinante para o financiamento habitacional, a lei não determina que a apólice deva ser necessariamente contratada frente ao próprio mutuante ou seguradora por ele indicada. Precedentes.

- Nos contratos de seguro, o dever de boa-fé e transparência torna insuficiente a inserção de uma cláusula geral de exclusão de cobertura; deve-se dar ao contratante ciência discriminada dos eventos efetivamente não abrangidos por aquele contrato.

- O fato do seguro ser compulsório não ilide a obrigatoriedade de uma negociação transparente, corolário da boa-fé objetiva inerente a qualquer relação contratual, em especial aquelas que caracterizam uma relação de consumo.

- No seguro habitacional, é crucial que a seguradora, desejando fazer valer cláusula de exclusão de cobertura por doença preexistente, dê amplo conhecimento ao segurado, via exame médico prévio, sobre eventuais moléstias que o acometam no ato de conclusão do negócio e que, por tal motivo, ficariam excluídas do objeto do contrato. Essa informação é imprescindível para que o segurado saiba, de antemão, o alcance exato do seguro contratado, inclusive para que, no extremo, possa desistir do próprio financiamento, acaso descubra estar acometido de doença que, não abrangida pelo seguro, possa a qualquer momento impedi-lo de dar continuidade ao pagamento do mútuo, aumentando sobremaneira os riscos do negócio. Assim, não se coaduna com o espírito da norma a exclusão desse benefício nos casos de doença preexistente, porém não diagnosticada ao tempo da contratação. Em tais hipóteses, ausente a má-fé do mutuário-segurado, a indenização securitária deve ser paga.

Recurso especial não conhecido.

(STJ, REsp 1074546/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/09/2009, DJe 04/12/2009)

SEGURO DE VIDA. DOENÇA PREEXISTENTE. EXAMES PRÉVIOS. AUSÊNCIA. INOPONIBILIDADE.

Conforme entendimento pacificado desta Corte, a seguradora, ao receber o pagamento do prêmio e concretizar o seguro, sem exigir exames prévios, responde pelo risco assumido, não podendo esquivar-se do pagamento da indenização, sob a alegação de doença preexistente, salvo se comprove a deliberada má-fé do segurado.

Recurso provido.

(STJ, 3ª Turma, REsp 777.974/MG, Rel. Min. Castro Filho, j. 09/05/06, DJ 12/03/07, p. 228)

AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO CÍVEL. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, § 1º - A DO CPC. CABIMENTO. SFH. COBERTURA SECURITÁRIA. SINISTRO. ÓBITO. DOENÇA PREEXISTENTE. NÃO COMPROVADA. QUITAÇÃO. HONORÁRIOS. ART. 20, CPC.

1 - O julgamento monocrático ocorreu segundo as atribuições conferidas ao Relator do recurso pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 do Código de Processo Civil, ampliando seus poderes para não só indeferir o processamento de qualquer recurso (juízo de admissibilidade - caput), como para dar provimento a recurso quando a decisão se fizer em confronto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (juízo de mérito - § 1º-A). Com a interposição do presente recurso, ocorre a submissão da matéria ao órgão colegiado, razão pela qual perde objeto a insurgência em questão. Precedentes

2 - O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que a Seguradora não pode alegar doença pré-existente a fim de negar cobertura securitária nos casos em que recebeu pagamento de prêmios e concretizou o seguro sem exigir exames prévios.

3- Seguradora instada a manifestar-se se persistia interesse na prova pericial indireta desistiu da produção da prova.

4 - Pelos documentos carreados aos autos não restou demonstrado tenha a hipertensão arterial ou o histórico de cardiopatia qualquer relação com a causa da morte do segurado.

5 - Sucumbência honorária arbitrada, atendendo aos contornos do caso vertente, art. 20, CPC.

6 - Se a decisão agravada apreciou e decidiu a questão de conformidade com a lei processual, nada autoriza a sua reforma.

7 - Agravos legais improvidos.

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, AC 0016263-43.2008.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 15/03/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/03/2011 PÁGINA: 117)

Somente a demonstração inequívoca de má-fé do mutuário, que contrata o financiamento da moléstia incapacitante com o fito de obter precocemente a quitação do contrato, poderia afastar o entendimento jurisprudencial consagrado.

Não é o caso dos autos, no entanto. A certidão de óbito da mutuária atesta que a causa da morte foi “insuficiência respiratória, doença pulmonar obstrutiva crônica, insuficiência cardíaca congestiva, obesidade mórbida” (fl. 15).

A Caixa Seguradora S/A, por sua vez, embasou a negativa de cobertura em parecer solicitado a médico assistente, a partir do qual a área técnica da Seguradora concluiu pela preexistência da moléstia (fls. 145/149).

A médica perita do Juízo, por sua vez, afirma que “de acordo com os documentos juntados constata-se que o sintomas iniciais apresentaram-se em período de tempo muito pouco anterior à assinatura do contrato (aproximadamente 4 meses), o que em termos de medicina pode-se caracterizar quase como simultaneidade, visto que não foi firmado diagnóstico conclusivo de DPOC neste período. Em função disto me sinto tranqüila para afirmar que não houve pré existência” (fl. 583).

Desse modo, os documentos carreados aos autos não lograram demonstrar a má-fé da seguradora pela omissão de doença preexistente, nem tampouco a exigência de exames prévios por parte da apelante.

Devida, portanto, a cobertura securitária contratada, com a quitação de eventual saldo devedor.

Ante o exposto, voto por *afastar* a preliminar suscitada e, no mérito, *negar provimento* às apelações.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

Direito Constitucional



APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0021818-90.1998.4.03.6100

(2007.03.99.002535-8)

Apelantes: COLSAN SOCIEDADE BENEFICENTE DE COLETA DE SANGUE E UNIÃO FEDERAL

Apelada: MARIA CRISTINA DE TOLEDO BITTENCOURT

Codinome: MARIA CRISTINA MONTEIRO DE TOLEDO

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 12ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Classe do Processo: ApelReex 1170180

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/08/2016

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. UNIÃO FEDERAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. OCORRÊNCIA. DECRETO Nº 20.910/32. TERMO INICIAL. CIÊNCIA DO FATO DANOSO. SOCIEDADE CIVIL. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. ART. 177 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. INOCORRÊNCIA. TRANSFUSÃO SANGUÍNEA. HIV. CONTAMINAÇÃO. DANO CONFIGURADO. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO. VALOR FIXADO. RAZOABILIDADE.

1. Discute-se, no caso vertente, a responsabilidade da União e da Sociedade Beneficente de Coleta de Sangue (COLSAN) em razão da contaminação da autora pelo vírus HIV, causador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS, decorrente de transfusão sanguínea realizada no Hospital da Aeronáutica, em 25/10/1985, após a paciente ter sido submetida a uma cirurgia cesariana.

2. Ajuizada a ação contra a União Federal, pessoa jurídica de Direito Público, deve ser observado o prazo prescricional quinquenal, regulamentado pelo art. 1º do Decreto nº 20.910/32, a partir da ciência dos efeitos decorrentes do ato lesivo.

3. Conforme afirmação expressa na peça inicial e comprovação documental nos autos, a autora teve ciência inequívoca da contaminação em março de 1993 e a ação foi proposta somente em 27 de maio de 1998, decorridos, portanto, mais de 5 (cinco) anos do evento danoso.

4. De outra banda, quanto à alegação de prescrição da pretensão em face da Sociedade Beneficente de Coleta de Sangue (COLSAN), a obrigação ensejadora do ajuizamento da presente ação em 27 de maio de 1998 teve seu termo inicial (ciência inequívoca da contaminação), em março de 1993, ainda na vigência do Código Civil de 1916, que previa, em seu art. 177, o prazo prescricional geral de 20 (vinte) anos para as demandas que envolvessem direito pessoal, não havendo que se falar, portanto, no decurso do prazo prescricional vintenário.

5. A parte autora, ora apelada, foi contaminada, em 21 de outubro de 1985, pelo vírus HIV, causador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), decorrente de transfusão sanguínea realizada por ocasião de procedimento cirúrgico efetuado nas dependências do Hospital de Aeronáutica de São Paulo, com sangue fornecido pela COLSAN.

6. No presente caso, existe demonstração inequívoca da alegada ofensa à parte autora, sendo possível concluir que do ato praticado resultou efetivo prejuízo de ordem

moral, configurado em abalo psicológico, perturbação, transtorno grave, mácula de imagem e honra, traduzindo-se a contaminação pela aludida enfermidade, por si só, em conduta capaz de ensejar indenização a título de danos morais.

7. Configurados a ação, o dano moral e o nexo de causalidade, necessária a indenização por danos morais em montante que respeite o binômio de mitigação do sofrimento pelo dano moral, penalizando o ofensor, sem que se configure o enriquecimento ilícito da parte.

8. A reparação do dano moral não pode ser irrisória nem exorbitante, devendo ser fixado em patamar razoável. O montante fixado em sentença, qual seja, o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), guarda consonância com a jurisprudência pátria que tem estabelecido valores razoáveis na fixação das indenizações por dano moral.

9. Evidencia-se, *in casu*, o dano irreparável, consubstanciado nas inúmeras consequências adversas da doença e da própria medicação (coquetéis antirretrovirais), que trazem com a sua administração, diversos efeitos colaterais ao portador. Não bastasse, há o impacto na saúde mental da apelada, com o diagnóstico da doença, que até então, não obstante toda a pesquisa médico-científica, não possui perspectiva de cura, além do preconceito e estigma associado à patologia, que frequentemente vivenciam os soropositivos.

10. A correção monetária e o termo *a quo* de incidência de juros ficam mantidos, conforme fixados na r. sentença, à míngua de impugnação da apelante.

11. Apelação da União e remessa oficial providas. Apelação da COLSAN improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 30 de junho de 2016.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelações e remessa oficial em ação de rito ordinário, ajuizada em face da União Federal e COLSAN - Sociedade Beneficente de Coleta de Sangue, em 27/05/1998, objetivando a condenação das rés ao pagamento de indenização por danos pessoais e morais à autora, decorrentes de sua contaminação, em 21 de outubro de 1985, pelo vírus do HIV, causador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS, decorrente de transfusão sanguínea realizada por ocasião de procedimento cirúrgico efetuado nas dependências do Hospital de Aeronáutica de São Paulo, com sangue fornecido pela COLSAN.

Foi atribuído à causa, em maio de 1998, o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), correspondente hoje ao montante de R\$ 288.480,38 (duzentos e oitenta e oito mil quatrocentos e oitenta reais e trinta e oito centavos), conforme planilha de atualização disponível na *intranet* deste Tribunal.

Concedidos os benefícios da Justiça gratuita (fl. 90).

Apresentados laudos periciais pelo IMESC, o primeiro, de fls. 594/595, apresentou a seguinte conclusão:

... Pericianda portadora de vírus HIV e HCV, provavelmente adquiridos em 1985, após transfusão sanguínea. Quanto ao HIV, a infecção está sob controle, já que apresenta carga viral indetectável e número de células CD4 (654) normal, em 06/2002. Também nunca apresentou infecções oportunistas relacionadas ao HIV. Seu tratamento antirretroviral (3-TC + DDI + IDN) está sendo eficaz. Quanto ao HCV (vírus da hepatite C), em 06/2002, a bioquímica hepática era normal e não há menção de tratamento específico (ribavarina e interferon). Desse modo, a infecção pelo vírus C também está sob controle.

E o segundo laudo pericial, de fls. 751/760, apontou:

IV - Discussão:

Trata-se de pericianda do sexo feminino, com 49 anos de idade, portadora do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e hepatite C crônica, grau II, genótipo 2 a, diagnosticada em 1993 e desde essa época em acompanhamento médico regular no ambulatório do grupo de fígado e de moléstias infecto contagiosas do Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo.

Embora não seja possível afirmar com segurança, a forma e a época em que ocorreu a contaminação da autora pelo HIV e pelo vírus da hepatite C, é provável que a transmissão tenha ocorrido pela transmissão de sangue recebida em 25/10/85 durante internação no Hospital da Aeronáutica de São Paulo. Alguns fatores concorrem para corroborar tal afirmativa:

- a) Dos fatores de risco para transmissão dos respectivos vírus aquele a que a autora comprovadamente sofreu exposição foi a referida transfusão de sangue;
- b) A transfusão de sangue foi realizada em uma época (outubro/85) em que o vírus da hepatite C ainda não havia sido isolado (1989). Nesse período, anterior a descoberta do vírus e dos testes sorológicos para sua detecção, a transfusão sanguínea foi responsável por 90% de sua transmissão;
- c) A história natural da doença (hepatite C), evolução de 10 a 20 anos para cronicização, é compatível com o quadro clínico atual da autora;
- d) Só a partir de 19/11/93 com a edição da Portaria Nº 1376, o Ministério da Saúde tornou obrigatória a triagem sorológica para hepatite C em todos os doadores de sangue no Brasil;
- e) De forma semelhante, o teste sorológico para detecção do HIV só foi descoberto e disponibilizado a partir de abril de 1985. A introdução do exame anti-HIV no Brasil não foi concomitante, houve um espaço de tempo entre a disponibilização no mercado e a chegada ao nosso país limitada pela necessidade de importação dos kits e da tecnologia, pelo preço, etc. A obrigatoriedade de sua utilização pelos bancos de sangue do Estado de São Paulo veio com a Lei nº 5.190 de 20/06/86 e no Brasil pela Portaria nº 1376 de 19/11/93. Nesse período a transmissão transfusional era considerada a principal fonte de contaminação pelo HIV;
- f) Só após a descoberta do teste anti-HIV é que se iniciou os estudos para compreensão do “Fenômeno da Janela Imunológica” que na época girava em torno de 60 dias;
- g) O Fenômeno da “Janela Imunológica” é ainda hoje um sério problema ligado a transmissão do HIV por transfusão sanguínea, visto que atualmente esse período gira em torno de 20 dias;
- h) O quadro clínico atual da autora não descarta a possibilidade da contaminação ter ocorrido naquela oportunidade.

V - Conclusão:

Pelo exposto concluo:

- a) A autora é portadora do HIV e de Hepatite C crônica;
- b) Embora não seja possível afirmar com certeza a época e a forma da transmissão do vírus, é provável que a mesma tenha ocorrido em decorrência da transfusão sanguínea recebida em outubro de 1985.

O r. Juízo *a quo* rejeitou as preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e de prescrição quinquenal, por entender pela permanência dos efeitos do ato impugnado no tempo, julgando procedente o pedido para condenar os réus, solidariamente, ao pagamento da indenização por danos patrimoniais e morais no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), corrigidos monetariamente, nos termos do Provimento nº 26/2001-COGE c/c Portaria nº 92/2001-DF, com a incidência de juros no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês a partir da citação e, a partir de 11/01/2003, no percentual de 1% ao mês, nos termos do art. 406 do CC, em razão do contágio do vírus HIV decorrente de transfusão de sangue fornecido pela COLSAN - Sociedade Beneficente de Coleta de Sangue, extinguindo o processo com julgamento do mérito, com fundamento no art. 269, IV do CPC, oportunidade em que condenou os réus ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, sendo 2,5% para cada réu. A sentença foi submetida ao reexame necessário.

Apelou a COLSAN, requerendo a reforma da r. sentença, sustentando a ausência de comprovação da transmissão da doença por ocasião da transfusão sanguínea.

Apelou também a União, sustentando, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva *ad causam* e a ocorrência de prescrição. No mérito, requereu a reforma do julgado, diante da ausência do nexo causal, bem como, sucessivamente, a redução do montante da indenização e do percentual dos juros de mora.

Com contrarrazões, subiram os autos a este E. Tribunal.

Submetido o feito à revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

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

Alega-se, no caso vertente, a responsabilidade da União Federal e da Sociedade Beneficente de Coleta de Sangue (COLSAN) em razão da contaminação da autora pelo vírus HIV, causador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), decorrente de transfusão sanguínea realizada no Hospital da Aeronáutica, em 25/10/1985, após a paciente ter sido submetida a uma cirurgia cesariana.

Inicialmente, necessária se faz a análise da preliminar de prescrição na espécie.

Ajuizada a ação contra a União Federal, pessoa jurídica de Direito Público, deve ser observado o prazo prescricional quinquenal, regulamentado pelo art. 1º do Decreto nº 20.910/32, a partir da ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo.

Conforme afirmado expressamente na peça inicial (fl. 03) e comprovado pelos documentos de fl. 19 e atestado médico de fls. 20, verifica-se que a autora teve ciência inequívoca da contaminação em *março de 1993*.

A ação foi proposta somente em *27 de maio de 1998*, decorridos, portanto, mais de 5 (cinco) anos da ciência do evento danoso.

Neste sentido, o seguinte precedente jurisprudencial do E. STJ, submetido ao rito dos recursos repetitivos, conforme o disposto no art. 543-C do CPC, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ARTIGO 543-C DO CPC). RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL (ART. 1º DO DECRETO 20.910/32) X PRAZO TRIENAL (ART. 206, § 3º, V, DO CC). PREVALÊNCIA DA LEI ESPECIAL. ORIENTAÇÃO PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. A controvérsia do presente recurso especial, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC e da Res. STJ n 8/2008, está limitada ao prazo prescricional em ação indenizatória ajuizada contra a Fazenda Pública, em face da aparente antinomia do prazo trienal (art. 206, § 3º, V, do Código Civil) e o prazo quinquenal (art. 1º do Decreto 20.910/32).

2. O tema analisado no presente caso não estava pacificado, visto que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública era defendido de maneira antagônica nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. Efetivamente, as Turmas de Direito Público desta Corte Superior divergiam sobre o tema, pois existem julgados de ambos os órgãos julgadores no sentido da aplicação do prazo prescricional trienal previsto no Código Civil de 2002 nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública. Nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp 1.238.260/PB, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 5.5.2011; REsp 1.217.933/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 25.4.2011; REsp 1.182.973/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 10.2.2011; REsp 1.066.063/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 17.11.2008; EREpsim 1.066.063/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 22/10/2009). A tese do prazo prescricional trienal também é defendida no âmbito doutrinário, dentre outros renomados doutrinadores: José dos Santos Carvalho Filho (“Manual de Direito Administrativo”, 24ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2011, págs. 529/530) e Leonardo José Carneiro da Cunha (“A Fazenda Pública em Juízo”, 8ª ed, São Paulo: Dialética, 2010, págs. 88/90).

3. Entretanto, não obstante os judiciosos entendimentos apontados, o atual e consolidado entendimento deste Tribunal Superior sobre o tema é no sentido da aplicação do prazo prescricional quinquenal - previsto do Decreto 20.910/32 - nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido do Código Civil de 2002.

4. O principal fundamento que autoriza tal afirmação decorre da natureza especial do Decreto 20.910/32, que regula a prescrição, seja qual for a sua natureza, das pretensões formuladas contra a Fazenda Pública, ao contrário da disposição prevista no Código Civil, norma geral que regula o tema de maneira genérica, a qual não altera o caráter especial da legislação, muito menos é capaz de determinar a sua revogação. Sobre o tema: Rui Stoco (“Tratado de Responsabilidade Civil”. Editora Revista dos Tribunais, 7ª Ed. - São Paulo, 2007; págs. 207/208) e Lucas Rocha Furtado (“Curso de Direito Administrativo”. Editora Fórum, 2ª Ed. - Belo Horizonte, 2010; pág. 1042).

5. A previsão contida no art. 10 do Decreto 20.910/32, por si só, não autoriza a afirmação de que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública foi reduzido pelo Código Civil de 2002, a qual deve ser interpretada pelos critérios histórico e hermenêutico. Nesse sentido: Marçal Justen Filho (“Curso de Direito Administrativo”. Editora Saraiva, 5ª Ed. - São Paulo, 2010; págs. 1.296/1.299).

6. Sobre o tema, os recentes julgados desta Corte Superior: AgRg no AREsp 69.696/SE, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 21.8.2012; AgRg nos EREsp 1.200.764/AC, 1ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 6.6.2012; AgRg no REsp 1.195.013/AP, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 23.5.2012; REsp 1.236.599/RR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 21.5.2012; AgRg no AREsp 131.894/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 26.4.2012; AgRg no AREsp 34.053/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 21.5.2012; AgRg no AREsp 36.517/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 23.2.2012; EREsp 1.081.885/RR, 1ª Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 1º.2.2011.

7. No caso concreto, a Corte *a quo*, ao julgar recurso contra sentença que reconheceu prazo trienal em ação indenizatória ajuizada por particular em face do Município, corretamente re-

formou a sentença para aplicar a prescrição quinquenal prevista no Decreto 20.910/32, em manifesta sintonia com o entendimento desta Corte Superior sobre o tema.

8. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(STJ, REsp nº 1.251.993/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2012, DJe 19/12/2012)

De outra banda, analiso a alegação de prescrição quanto à pretensão em face da Sociedade Beneficente de Coleta de Sangue (COLSAN).

A obrigação ensejadora do ajuizamento da presente ação teve seu termo inicial, ciência inequívoca da contaminação, em *março de 1993*, ainda na vigência do Código Civil de 1916, que previa, em seu art. 177, o prazo prescricional geral de 20 (vinte) anos para as demandas que envolvessem direito pessoal.

Nesse passo, ajuizada a ação em *27 de maio de 1998*, não há que se falar no decurso do prazo prescricional vintenário previsto no Código Civil de 1916.

Nesse sentido, os seguintes precedentes do E. STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE COM PASSAGEIRO DE COLETIVO. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. PRESCRIÇÃO. VINTENÁRIA. CÓDIGO CIVIL. ART. 177. DANO MORAL. RAZOABILIDADE. ACÓRDÃO FUNDADO NOS ELEMENTOS FÁTICOS DOS AUTOS. SÚMULA 07/STJ.

1. Ao firmar a conclusão acerca da prescrição e da razoabilidade da condenação em danos morais, o Tribunal recorrido tomou em consideração os elementos fáticos carreados aos autos. Incidência da Súmula 07/STJ.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no AREsp nº 75.488/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, j. 28/08/2012, DJe 04/09/2012)

Passo, assim, à análise do mérito propriamente dito.

Primeiramente, observo os preceitos contidos nos art. 5º, V e X da Constituição da República:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

No caso concreto, a parte autora, ora apelada, alega que foi contaminada, em 21 de outubro de 1985, pelo vírus HIV, causador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), decorrente de transfusão sanguínea realizada por ocasião de procedimento cirúrgico efetuado nas dependências do Hospital de Aeronáutica de São Paulo, com sangue fornecido pela COLSAN.

Nesse diapasão, peço vênia para conceituar e delimitar o alcance dos danos morais, que são considerados, segundo ensinamento de Yussef Said Cahali:

Tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito, à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.

(*Dano Moral*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 21)

Acresça-se à conceituação acima as lições de Cleyton Reis:

É inquestionável que os padecimentos de natureza moral, como, por exemplo, a dor, a angústia, a aflição física ou espiritual, a humilhação, e de forma ampla, os padecimentos resultantes em situações análogas, constituem evento de natureza danosa, ou seja, danos extrapatrimoniais.

Todavia, esse estado de espírito não autoriza a compensação dos danos morais, se não ficar demonstrado que os fatos foram conseqüência da privação de um bem jurídico, em que a vítima tinha um interesse juridicamente tutelado.

(*Avaliação do Dano Moral*, 4ª edição, Editora Forense, p. 15)

Do acima exposto, percebe-se que a indenização por danos morais tem por finalidade compensar os prejuízos ao interesse extrapatrimonial sofridos pelo ofendido, que não são, por sua natureza, ressarcíveis e não se confundem com os danos patrimoniais, estes sim, suscetíveis de recomposição ou, se impossível, de indenização pecuniária.

No presente caso, de acordo com o laudo pericial realizado (fls. 751/760):

Embora não seja possível afirmar com segurança, a forma e a época em que ocorreu a contaminação da autora pelo HIV e pelo vírus da hepatite C, é provável que a transmissão tenha ocorrido pela transmissão de sangue recebida em 25/10/85 durante internação no Hospital da Aeronáutica de São Paulo. Alguns fatores concorrem para corroborar tal afirmativa:

- a) Dos fatores de risco para transmissão dos respectivos vírus aquele a que a autora comprovadamente sofreu exposição foi a referida transfusão de sangue;
- b) A transfusão de sangue foi realizada em uma época (outubro/85) em que o vírus da hepatite C ainda não havia sido isolado (1989). Nesse período, anterior a descoberta do vírus e dos testes sorológicos para sua detecção, a transfusão sanguínea foi responsável por 90% de sua transmissão;
- c) A história natural da doença (hepatite C), evolução de 10 a 20 anos para cronificação, é compatível com o quadro clínico atual da autora;
- d) Só a partir de 19/11/93 com a edição da Portaria Nº 1376, o Ministério da Saúde tornou obrigatória a triagem sorológica para hepatite C em todos os doadores de sangue no Brasil;
- e) De forma semelhante, o teste sorológico para detecção do HIV só foi descoberto e disponibilizado a partir de abril de 1985. A introdução do exame anti-HIV no Brasil não foi concomitante, houve um espaço de tempo entre a disponibilização no mercado e a chegada ao nosso país limitada pela necessidade de importação dos kits e da tecnologia, pelo preço, etc. A obrigatoriedade de sua utilização pelos bancos de sangue do Estado de São Paulo veio com a Lei nº 5.190 de 20/06/86 e no Brasil pela Portaria nº 1376 de 19/11/93. Nesse período a transmissão transfusional era considerada a principal fonte de contaminação pelo HIV;
- f) Só após a descoberta do teste anti-HIV é que se iniciou os estudos para compreensão do “Fenômeno da Janela Imunológica” que na época girava em torno de 60 dias;

g) O Fenômeno da “Janela Imunológica” é ainda hoje um sério problema ligado a transmissão do HIV por transfusão sanguínea, visto que atualmente esse período gira em torno de 20 dias;
h) O quadro clínico atual da autora não descarta a possibilidade da contaminação ter ocorrido naquela oportunidade.

V - Conclusão:

Pelo exposto concluo:

- a) A autora é portadora do HIV e de Hepatite C crônica;
- b) Embora não seja possível afirmar com certeza a época e a forma da transmissão do vírus, é provável que a mesma tenha ocorrido em decorrência da transfusão sanguínea recebida em outubro de 1985.

Também restou comprovado nos autos que a parte autora é portadora do HIV (fl. 477), a realização efetiva da transfusão (fl. 425A), bem como o local de sua realização (fl. 430A), fatos estes não contestados, em momento algum pela apelante COLSAN.

Existe, assim, demonstração inequívoca da alegada ofensa à parte autora, sendo possível concluir que do ato praticado resultou efetivo prejuízo de ordem moral, configurado em abalo psicológico, perturbação, transtorno grave, mácula de imagem e honra, traduzindo-se a contaminação pela aludida enfermidade, por si só, em conduta capaz de ensejar indenização a título de danos morais.

Configurados a ação, o dano moral e o nexo de causalidade, necessária a indenização por danos morais em montante que respeite o binômio de mitigação do sofrimento pelo dano moral, penalizando o ofensor, sem que se configure o enriquecimento ilícito da parte.

A reparação do dano moral não pode ser irrisória nem exorbitante, devendo ser fixado em patamar razoável.

A quantificação do dano deve pautar-se segundo a avaliação dos seguintes quesitos:

- a) condição social do ofensor e do ofendido;
- b) viabilidade econômica do ofensor e do ofendido: a indenização não pode ter valor ação tamanha, que inviabilize as atividades da ré, nem ser minguada a ponto de banalizar a ocorrência, sem reprimir a repetição de condutas semelhantes; o montante deve minimizar a dor da ofensa sofrida, mas não pode representar vantagem ou prêmio sobre o fato, que configure enriquecimento sem causa da parte;
- c) grau de culpa
- d) gravidade do dano
- e) reincidência.

Vê-se que o montante fixado em sentença, qual seja, o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), guarda consonância com a jurisprudência pátria que tem estabelecido valores razoáveis na fixação das indenizações por dano moral.

Com efeito, evidencia-se o dano irreparável, consubstanciado nas inúmeras consequências adversas no sistema imunológico do indivíduo, cujo organismo fica vulnerável a doenças oportunistas, afora a própria medicação (coquetéis antirretrovirais), que trazem com a sua administração, diversos efeitos colaterais ao portador.

Não bastasse, é de se frisar o impacto na saúde mental da apelada, com o diagnóstico da doença, que até então, não obstante toda a pesquisa médico-científica, não possui perspectiva de cura, além do preconceito e estigma associado à patologia, que frequentemente vivenciam os soropositivos.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes precedentes jurisprudenciais:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AIDS. CONTAMINAÇÃO POR TRANSFUSÃO DE SANGUE. 1. Em se tratando de demanda que busca a reparação por danos materiais e morais decorrentes da contaminação por vírus HIV em decorrência de transfusão de sangue, ainda que ocorrida em hospital privado conveniado ao SUS, mas na vigência da Lei nº 4.701/65, que dispunha sobre a atividade hemoterápica no Brasil e estabelecia, em seu artigo 4º, ser “da alçada exclusiva do Governo Federal o disciplinamento e controle da hemoterapia, para garantia de observância dos preceitos da Política Nacional do Sangue”, deve ser reconhecida a legitimidade da União Federal para figurar no pólo passivo, não havendo, por igual, falar em litisconsórcio passivo necessário com os demais entes federativos relacionados à localidade da unidade hospitalar. 2. *Inexistindo nos autos qualquer demonstração ou mesmo início de prova a respeito de outra causa, que não a transfusão de sangue, que pudesse ter ocasionado a contaminação da parte autora com o vírus HIV, mormente em se tratando de lactente, cujos pais não são portadores do referido vírus, nem se vislumbrando qualquer indício de abuso sexual do menor, resta evidenciado o nexo causal e o resultado danoso, a partir do que exsurge o dever de reparação, tanto por danos materiais como morais, a teor da norma do art. 37, §6º, da Constituição Federal.* 3. *Orientando-se no sentido de que a indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos ou exageros, a pretexto de punição do agente, cuja responsabilidade, no caso, decorreu de falha da União em seu dever de fiscalizar os órgãos executores da atividade hemoterápica, mas sem que tenha restado comprovada a efetiva prática de um ato doloso por quaisquer de seus agentes, assim como por se tratar a vítima de menor de idade, não se podendo aferir a -importância do trabalho para o qual se inabilitou ou da depreciação que ela sofreu- (art. 950, caput, do CC) para fins de arbitramento de um valor mais alto a título de benefício indenizatório, deve ser reduzido montante da pensão mensal vitalícia devida ao menor para o equivalente a um salário mínimo.* 4. *Evidenciado o dano moral, tendo em vista as conseqüências destrutivas ocasionadas pelo vírus HIV no sistema imunológico de seu portador, que fica sem defesa para diversas outras doenças, sendo certo que o tratamento através da utilização de -coquetel de drogas- provoca desconforto e diversos efeitos colaterais, além de a doença atingir a saúde mental da pessoa contaminada, causando-lhe traumas psicológicos, sem deslembrar a imensa possibilidade da pessoa contaminada sofrer discriminações sociais, verifica-se que a quantia equivalente a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), fixada pela sentença recorrida a título de indenização por danos morais, mostra-se proporcional ao dano causado ao Autor.* 5. A fluência da correção monetária e dos juros de mora deverá iniciar-se na data da prolação da sentença que fixou o quantum indenizatório, de modo a se resguardar a proporcionalidade entre o valor da condenação principal e aquelas meramente acessórias. 6. A orientação uniforme atualmente consagrada por ambos os Tribunais Superiores é no sentido de que as normas que dispõem sobre os juros moratórios possuem natureza eminentemente processual, aplicando-se aos processos em andamento, à luz do princípio *tempus regit actum*, devendo, portanto, ser observado, para fins de aplicação de correção monetária e juros de mora sobre a condenação em danos morais o art. 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação determinada pela Lei 11.960/2009, desconsiderada apenas a expressão -haverá a incidência uma única vez-, nos termos da Súmula nº 56 desta egrégia Corte. 7. Remessa necessária e apelação da União Federal parcialmente providas.

(TRF 2ª Região, 5ª Turma Especializada, APELRE 200251010073535, Des. Fed. Marcelo Pereira da Silva, j. 31/07/2012, E-DJF2R 07/08/2012, p. 296/297)

Por fim, ficam mantidos a correção monetária, o termo *a quo* de incidência de juros, bem como a condenação da COLSAN à verba honorária, conforme fixados na r. sentença, à míngua de impugnação.

Em face de todo o exposto, *dou provimento à apelação da União e à remessa oficial*, para reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão em face da União, extinguindo o processo com julgamento do mérito, com fulcro no art. 269, IV do CPC, no que concerne àquele ente político, afastando a sua condenação na verba honorária e *nego provimento à apelação da COLSAN*.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO:

Trata-se de apelações e remessa oficial em ação de rito ordinário, ajuizada em 27/05/1998 em face da União Federal e COLSAN - Sociedade Beneficente de Coleta de Sangue, objetivando a condenação das rés ao pagamento de *indenização por danos pessoais e morais* à autora, decorrentes de sua *contaminação*, ocorrida em 21 de outubro de 1985, pelo vírus HIV, causador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS, fato decorrente de *transfusão sanguínea* realizada por ocasião de procedimento cirúrgico (cirurgia cesariana) efetuado nas dependências do Hospital de Aeronáutica de São Paulo, com sangue fornecido pela COLSAN.

A sr^a Relatora reconheceu a prescrição quinquenal em favor da autora, pois ação foi proposta somente em *27 de maio de 1998*, depois de decorridos mais de 5 (cinco) anos da ciência do evento danoso. Rechaçou a prescrição em favor da entidade COLSAN - Sociedade Beneficente de Coleta de Sangue por se tratar de pessoa jurídica de direito privado, porquanto a ação foi ajuizada na vigência do Código Civil de 1916, em *27 de maio de 1998*, de modo que não há que se falar no decurso do prazo prescricional vintenário então previsto para as ações pessoais.

No mérito, a sr^a Relatora entendeu que restou comprovado nos autos que a autora é portadora do HIV (fl. 477), que houve a realização efetiva da transfusão sanguínea durante o procedimento cirúrgico afirmado na inicial (fl. 425A), bem como o local de sua realização (fl. 430A), sendo certo que transfusão sanguínea foi realizada com sangue fornecido pela COLSAN, tratando-se todos eles de fatos *não contestados* em momento algum pela apelante COLSAN.

Nesse cenário, não há como acolher a alegação da COLSAN no sentido da *ausência de comprovação* da transmissão da doença (HIV) por ocasião da transfusão sanguínea feita com o sangue por ela fornecido.

A contaminação foi afirmada, pela perícia, como possivelmente ocorrente na época da cirurgia cesariana (fls. 758).

É certo que a autora submeteu-se a outras duas cirurgias nos anos de 1987 e 1988 - uma de vesícula e a outra foi cirurgia plástica - conforme ela mesma declarou a fls. 242.

Todavia, não há prova de que nesses dois procedimentos houve a necessidade de transfusão de sangue.

Assim, a solução do processo tenderia mesmo para a condenação da COLSAN na indenização do dano moral, não fosse a presença de uma alegação dessa ré que vem passando despercebida, muito embora a ré tenha insistido nisso em embargos de declaração ajuizados em face da sentença *a qua*, e depois em sua apelação a fls. 812.

A alegação versa sobre a INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO imposta às entidades de fornecimento de sangue (bancos de sangue) de efetuarem testes de contaminação do sangue por

certas doenças por ele transmissíveis, obrigação essa que, no plano federal, só veio à lume com a *Lei nº 7.649*, de 25 de janeiro de 1988, cujo *art. 1º* assim prescreveu: “Os bancos de sangue, os serviços de hemoterapia e outras entidades afins ficam obrigados a proceder ao cadastramento dos doadores e a realizar provas de laboratório, visando a prevenir a propagação de doenças transmissíveis através do sangue ou de suas frações”. E o *art. 3º* determinou que “As provas de laboratório referidas no *art. 1º* desta Lei incluirão, obrigatoriamente, aquelas destinadas a detectar as seguintes infecções: Hepatite B, Sífilis, Doença de Chagas, Malária e Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS)”.

Mesmo no Estado de São Paulo essa obrigatoriedade foi imposta antes, mas apenas com a *Lei nº 5.190/86*.

Fazendo-se um retrospecto histórico, recorda-se que os primeiros casos de AIDS no Brasil ocorreram no início da década de 1980, sem que - e isso perdurou até alguns anos depois - se soubesse exatamente muita coisa sobre aquela “nova” moléstia.

Talvez à conta desse desconhecimento da Ciência sobre do que se tratava essa doença - inclusive e especialmente sobre as formas de transmissão dessa moléstia que desde logo foi associada pela descerebrada e retrógrada sociedade latina aos “pecados da carne” e à devassidão sexual - houve certa lassidão das autoridades sanitárias no tratamento da matéria, levando-se anos para que providências preventivas fossem tomadas.

Assim, foi necessária a descoberta, pelos cientistas, que a transmissão da moléstia se dava pelo sangue, sêmen, secreção vaginal e leite materno, para que providências preventivas mais eficazes fossem tomadas pelo Governo, o que incluiu a obrigatoriedade dos testes anti-HIV no sangue a ser fornecido pelos bancos de sangue.

Portanto, é veraz a afirmativa feita pela ré COLSAN no sentido de que, no plano estadual e federal, a obrigatoriedade que o sangue fornecido a hospitais e clínicas fosse submetido a testes anti-HIV, só sobreveio respectivamente com as Leis ns. 5.190/86 e nº 7.649/88.

Na verdade a grave situação não foi exclusiva de países subdesenvolvidos e atrasados como o Brasil; no início dos anos 1980 o vírus HIV já tinha contaminado 89% dos hemofílicos dos EUA. Só em 1982 o Centro de Controle de Doenças dos EUA constatou que a doença era infecciosa e em 1983 o *retrovírus* HIV foi identificado como o causador da AIDS, cujos primeiros casos no Brasil são diagnosticados nesse mesmo ano.

Apenas em 1985 foi descoberto o primeiro teste de sangue para detectar a presença de HIV e somente em 1986 apareceu o primeiro medicamento (o limitado *AZT*) para combater os efeitos da AIDS.

Ou seja, quando a autora foi infectada (outubro de 1985) a moléstia ainda era um grande mistério para a Ciência, que engatinhava no seu combate, e não existia comando legal para que o sangue fornecido, não apenas pela COLSAN mas por qualquer banco de sangue - inclusive os mantidos pelo Poder Público - fosse previamente submetido a testes de *aprovação* em relação a ausência do HIV.

Portanto, embora a situação da autora deva sensibilizar a todos, não há como imputar à COLSAN responsabilidade pela contaminação por HIV se na época em que a autora sofreu a transfusão do sangue fornecido pela entidade não existia a obrigação legal de os bancos de sangue (sequer os oficiais) realizarem testes anti-HIV no sangue coletado para doação ou comércio.

A sentença deve ser reformada no sentido da improcedência sob pena de prestígio para a responsabilidade objetiva, que no caso não vige.

Sucumbência invertida, impondo-se honorários de mil reais, cuja execução ficará suspensa na forma da Lei nº 1.060/50, art. 12, já que a apelada é beneficiária da justiça Gratuita (fls. 90).

Ante o exposto, voto para acompanhar a relatora no sentido de dar provimento à apelação da União e à remessa oficial reconhecimento da prescrição em favor da União, e para divergir dando provimento ao apelo da COLSAN.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS:

Procedo à presente declaração de voto com o fito de deixar registradas nos autos as razões que me levaram a votar pelo desprovimento da apelação interposta pela ré *Colsan Sociedade Beneficente de Coleta de Sangue*.

Penso, com a máxima vênica do entendimento esposado pelos e. Desembargadores Federais Johonsom di Salvo e Nery Júnior, que a responsabilidade indenizatória da aludida ré não depende e não dependia da existência de norma legal que lhe impusesse o dever de realizar testes específicos para a detecção do vírus HIV.

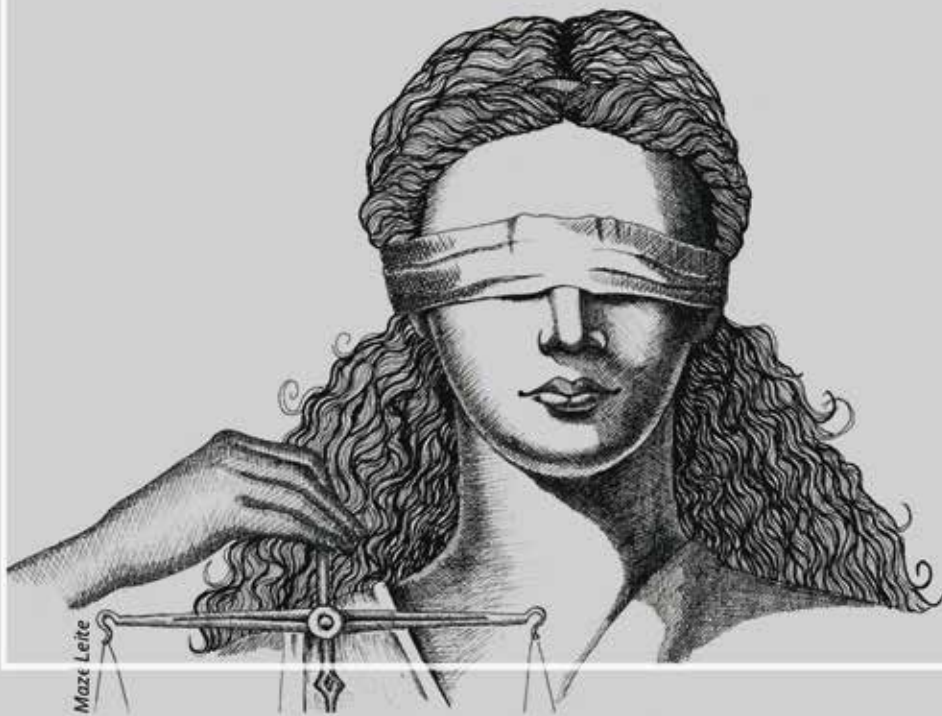
Com efeito, a norma legal apenas tornou obrigatória a realização de exame que já existia e podia ter sido feito. O dever de fornecer sangue livre de qualquer mácula é inerente à prestação do serviço, de sorte que, desde sempre e independentemente daquela expressa previsão legal, dito dever já alcançava a ré.

Ante o exposto, nego provimento à apelação da ré Colsan Sociedade Beneficente de Coleta de Sangue. Quanto ao apelo da União, acompanho o voto proferido pela e. relatora, sem acréscimos ou ressalvas.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0000782-39.2001.4.03.6115
(2001.61.15.000782-0)

Apelante: DJALMA LUIS DOS SANTOS
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO CARLOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: ACr 52697
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/07/2016

EMENTA

- PENAL. CRIME DE MOEDA FALSA. PROVA. DOLO.
- Descabida a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes.
 - Materialidade e autoria dolosa comprovadas no conjunto processual.
 - Dolo comprovado, dentre outros elementos pelo evidente intuito de obtenção de dinheiro verdadeiro na forma de troco.
 - Pena privativa de liberdade reduzida.
 - Fixado o regime inicial aberto, na forma do artigo 33, § 2º, “c”, do Código Penal.
 - Substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.
 - Recurso 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 recurso para fins de redução da pena privativa de liberdade, fixação do regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de junho de 2016.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

Djalma Luis dos Santos foi denunciado como incurso nos artigos 289, § 1º, c.c. 71, do Código Penal, descritos os fatos nestes termos pela denúncia que como apresentada se transcreve:

Consta do incluso procedimento que, no dia 25 e 26 de fevereiro de 2001, DJALMA LUIS DOS SANTOS, em continuidade delitiva, introduziu em circulação R\$ 260,00 (duzentos e sessenta reais) em moedas falsas, em uma barraca da feira livre que funcionava na praça de Porto Ferreira/SP.

É dos autos que, no dia 25 de fevereiro de 2001, Maria Lúcia Fares Assef Justiniano estava trabalhando em barraca do Fundo de Solidariedade de Porto Ferreira/SP, tendo recebido cerca

de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) em notas falsas de DJALMA LUIS DOS SANTOS. Ocorre que Maria Lucia só percebeu a falsidade das notas no dia 26 de fevereiro, data em que o denunciado voltou à barraca para consumir alguns produtos e, novamente, pagou a conta com uma nota falsa de R\$ 10,00 (dez reais). Nesse momento, Maria Lúcia, ao identificar o denunciado, acionou a polícia, que compareceu ao local e, ao efetuar busca pessoal em DJALMA, os policiais encontraram uma cédula falsa de R\$ 10,00 (dez reais). Todos foram conduzidos à Delegacia de Polícia para registrar os fatos, onde foram apreendidos os R\$ 260,00 (duzentos e sessenta) reais em cédulas falsas.

O Laudo Documentoscópico de fls. 52/54 consignou que as notas de R\$ 50,00 (cinquenta reais) tinham os números de série B2387010232A (duas), B0299055428A e B2387010233A e as cédulas de 10,00 (dez reais) os números de série A6634094594C (duas), A7853014137C, B0066036961C, B1560068157C e B2773060483C, bem como que as notas apreendidas eram falsas e possuíam a capacidade de iludir o homem comum, restando, assim, comprovada a materialidade delitiva.

Por ocasião da apreensão das notas, DJALMA LUIS DOS SANTOS nada quis declarar sobre os fatos, conforme se verifica dos depoimentos dos policiais militares às fls. 107/109, deixando de apresentar qualquer explicação razoável sobre a guarda e introdução das cédulas falsas em circulação. Resta, portanto, evidenciada a autoria delitiva.

A sentença proferida é de condenação do réu pelo delito capitulado na denúncia a quatro anos e um mês de reclusão, em regime inicial semiaberto, e doze dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário-mínimo.

Recorre a defesa, no arrazoado que apresenta aduzindo que não ficou provado que o acusado tinha a intenção de praticar os elementos do tipo, também alegando incidência do princípio da insignificância, insuficiência de provas e ausência de dolo.

Com contrarrazões subiram os autos.

O parecer ministerial é pelo desprovimento do recurso.

É o Relatório.

À Revisão.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

O caso dos autos é de imputação de conduta do acusado introduzindo em circulação - em barraca de feira livre situada no município de Porto Ferreira/SP - seis cédulas falsas de dez reais e quatro de cinquenta reais.

Ao início, anoto que, sendo o bem jurídico tutelado a fé pública, como tal insuscetível de mensuração, não há se cogitar de aplicação do princípio da insignificância em delitos da espécie.

Destaco precedente do Superior Tribunal de Justiça neste sentido:

HABEASCORPUS. PENAL. MOEDA FALSA. CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA. FALSIFICAÇÃO DE DUAS NOTAS DE R\$ 50,00. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Ainda que seja a nota falsificada de pequeno valor, descabe aplicar ao crime de moeda falsa o princípio da insignificância - causa supralegal de exclusão de ilicitude - pois, tratando-se de delito contra a fé pública, é inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão.

2. Não sendo a falsificação grosseira, nem ínfimo o valor das notas falsificadas (duas cédulas de R\$ 50,00), não há como reconhecer a atipicidade da conduta imputada o Paciente. 3. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 4. Ordem denegada. (STJ, HC 129592, Quinta Turma, Relatora: Ministra Laurita Vaz, DJE DATA: 01/06/2009).

Outro não sem tido o entendimento desta Corte:

PENAL: CRIME DE MOEDA FALSA. ARTIGO 289 § 1º DO CPP. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE.

.....
 VI - O princípio da insignificância, consoante entendimento jurisprudencial firmado nas Cortes Superiores ao qual me filio, é inaplicável ao delito de moeda falsa, tendo em vista que o bem jurídico tutelado é a fé pública.

.....
 (TRF3, ACR 0006193-54.2005.4.03.6105, Segunda Turma, Rel. Desembargadora Federal, Cecília Mello, j. 31.01.2012, e-DJF3 Judicial 1 09.02.2012).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO RELATIVO AO DELITO DE USO DE DOCUMENTO FALSO. INTERESSE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MOEDA FALSA. ART. 289, § 1º, CP. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADAS. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. NÃO OCORRÊNCIA. INAPLICÁVEL O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. LESÃO À FÉ PÚBLICA. PENA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVA DE DIREITOS E PENA PECUNIÁRIA. ART. 304 C/C ART. 297, DO CP. USO DE DOCUMENTO FALSO. AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA. CONHECIMENTO DA FALSIDADE. DOLO NÃO COMPROVADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. ART. 28, DA LEI 11.343/06. CRIME DE POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA USO PESSOAL. 'ABOLITIO CRIMINIS'. NÃO OCORRÊNCIA. PENA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A COMUNIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA.

.....
 V. Não cabe a aplicação do princípio da insignificância, porquanto a aferição da lesividade do comportamento delituoso não ocorre pelo número de notas apreendidas em posse do co-réu, uma vez que o crime previsto no Art. 289, § 1º, do CP não é de natureza patrimonial. A tipificação legal da conduta busca preservar a fé pública de que devem revestir os papéis emitidos pelo poder público. Assim, a circulação de uma única nota falsa possui capacidade para lesionar a fé pública.

.....
 (TRF3, ACR 2006.61.81.009069-0, Quinta Turma, Rel. Juiz Federal Convocado Roberto Jucken, j. 27.07.2009, DJ 20.08.2009).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE MOEDA FALSA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO DO RÉU. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO EVIDENCIADO PELA PROVA. INAPLICABILIDADE DO DENOMINADO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

.....
 2. O tipo descrito no art. 289 do Código Penal (crime de moeda falsa) tutela a fé pública e não o patrimônio, de modo que não cabe, com base no pequeno valor das cédulas falsas, aplicar-se o princípio da insignificância.

.....
 (TRF3, ACR 2000.61.06.010194-6, Segunda Turma, Rel. Desembargador Federal Nelton dos Santos, j. 12/08/2008, DJF3 DATA:21/08/2008).

Afastada essa alegação, consigno que a materialidade está comprovada pelo auto de exibição e apreensão de fls. 10/11 e laudos de fls. 13/14 e 58/60.

A autoria é outra verdade devidamente estabelecida nos autos conforme depoimentos em juízo das testemunhas Rosana Donizeth Brito e André Luiz Metzner - policiais militares participantes da diligência - afirmando que ao chegarem ao local dos fatos se depararam com um rapaz detido por populares tendo-lhes sido relatado por uma trabalhadora da feira que no dia anterior o tal rapaz havia lhe repassado cédulas falsas, ainda havendo os depoimentos em juízo das testemunhas Paulo César Maciel - segurança da feira - afirmando que foi comunicado por uma trabalhadora da feira que um homem havia lhe repassado, no dia anterior, cédulas falsas, ainda afirmando que ela lhe disse que o rapaz efetuou uma primeira compra (bebidas) com uma nota de cinquenta reais e retornou logo após efetuando idêntico pedido e pagando com outra nota de mesmo valor, mas não se utilizando do troco recebido na primeira compra, também relatando que, no dia seguinte, o rapaz retornou ao local dos fatos e, com a identificação da trabalhadora, ele procedeu a abordagem e acionou a polícia e Maria Lúcia Fares Assef Justiniano - trabalhadora da feira - declarando que o réu efetuou uma compra de bebidas em sua barraca, pagou a conta e saiu, logo após, retornou, efetuando idêntico pedido, pagando a conta e novamente saindo, ainda afirmando que ele pagou a conta de várias pessoas que estavam próximas à barraca e foi uma das poucas pessoas que lhe repassou cédulas no valor de cinquenta reais, ainda afirmando que, no dia seguinte, ao conferir o caixa, percebeu a existência de várias cédulas falsas, ao que ela desconfiou do rapaz e, no segundo dia de evento, o réu retornou e efetuou uma compra, pagando com outra cédula falsa, ao que o segurança da feira o deteve, comunicando o fato à polícia.

A defesa técnica sustenta a negativa do dolo, afirmando que o acusado não sabia que as cédulas eram falsas.

Uma primeira consideração a ser feita é que, pressuposta a impenetrabilidade da consciência, se o réu nega o dolo, não há outra possibilidade de apuração da verdade do elemento anímico a não ser pelo raciocínio lógico que caracteriza as provas indiretas.

Todas as circunstâncias conhecidas devem ser consideradas para, utilizada expressão de Malatesta, verificar-se se “o fato material criminoso, por si mesmo, só se apresenta suscetível de uma intenção dolosa”.

No caso dos autos, faz prova do dolo a circunstância do repasse de cédula falsa com manifesto intuito de obtenção de dinheiro verdadeiro mediante troco, mais de uma cédula sendo utilizada e o acusado realizando o pagamento da conta, retornando logo em seguida com idêntico pedido, e nunca utilizando o troco para a quitação dos débitos subsequentes.

Ainda comprova o dolo a quantidade de cédulas falsas, anotando-se que a serem recebidas de uma só vez o réu teria de saber e indicar a origem e a serem recebidas paulatinamente seria inacreditável fosse ele vítima tantas vezes do repasse de nota falsa e ainda inocentemente fosse guardando as cédulas sem saber da falsidade.

Também é digno de nota que são duas as situações de repasse de cédulas falsas pelo réu, uma em 25 de fevereiro de 2001, outra no dia seguinte, neste quadro não sendo razoável presumir que não soubesse o réu da falsidade.

Concluo, enfim, não haver a mais ligeira dúvida quanto à caracterização do elemento subjetivo.

Quanto ao que alega a defesa afirmando que o acusado não foi ouvido anoto que, embora intimado pessoalmente (fl. 133), não compareceu à audiência de interrogatório, sendo decre-

tada a revelia e determinado o prosseguimento do feito, nos termos do artigo 367 do Código de Processo Penal (fl. 138), portanto, restando devidamente observado o processo legal, nulidade não havendo e a se pretender repercussões na prova do dolo assevero estar suficientemente demonstrado nos autos o elemento subjetivo, o conhecimento da falsidade pelo réu.

No tocante à alegação da defesa técnica de que o réu era “um simples trabalhador rural que desconhecia a técnica de falsificação da moeda”, anoto que a conduta a ele imputada não é a de falsificação, mas sim a de introdução em circulação de moeda falsa, conduta igualmente típica, a propósito, destaco pertinente trecho da sentença proferida:

a não comprovação de que o acusado falsificou, fabricou ou alterou as cédulas [...] não impedem a consumação do crime em ambas as oportunidades, pois se trata de crime de ação múltipla e conteúdo variado, vale dizer, aperfeiçoa-se a conduta delituosa com a prática de quaisquer dos núcleos previstos no tipo, entre os quais “guardar” e “introduzir em circulação”.

Em todos os seus pressupostos de constituição provado o delito e comprovada a autoria dolosa imputada, impõe-se a manutenção do veredicto condenatório.

A pena-base privativa de liberdade foi fixada em três anos e seis meses de reclusão, com o acréscimo da continuidade delitiva em 1/6, definindo-se em quatro anos e um mês de reclusão.

Na primeira fase considerou o juiz desservir ao acusado as circunstâncias da conduta social e personalidade, nestes termos:

[...] observo que foi ele condenado, com decisão transitada em julgado, como incurso nos arts. 16 da Lei nº 6.368/76, uso de drogas, 19 da LCP, porte ilegal de arma, e 21 da LCP, vias de fato, em concurso material, por fato ocorrido em 19/02/05 (fl. 31, autos apensos), bem assim, em outro processo penal, como incurso nos arts. 305, 306 e 309 da Lei nº 9.503/97, em concurso material, todos delitos de trânsito, por evento de 14/10/04 (fl. 32, autos apensos). Destaco, por oportuno, que uso de drogas foi ‘despenalizado’, a ele não se aplicando mais pena privativa de liberdade, desde o advento do art. 28 da Lei nº 11.343/06, mas continua sendo crime, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no RE 430105 QO, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, publicado em 27-04-2007.

Noto, ademais, que em ambos foi condenado à prestação de serviços à comunidade, mas frustrou o cumprimento da pena alternativa, tendo esta sido convertida em privativa de liberdade. Estes fatos, embora não anteriores ao fato objeto deste feito, portanto não podendo ser considerados maus antecedentes, devem ser sopesados nos termos do art. 59 do CP, pois levam à conclusão de que o réu possui conduta social e personalidade reprováveis.

Considerou a sentença desfavoráveis as circunstâncias da conduta social e personalidade com base em condenação por fatos posteriores aos delitos nestes autos imputados. São elementos em tese expressivos de personalidade inclinada ao cometimento de delitos, todavia a avaliação desta circunstância judicial não prescindindo da análise das peculiaridades do caso concreto e, nestes autos, o que se verifica é que os delitos outros com condenação transitada em julgado foram praticados em 2004 e 2005, ou seja, cerca de três e quatro anos após a data dos fatos ora imputados. Em tese era possível a prolação de sentença julgando o presente feito antes do transcurso de tal lapso temporal, hipótese em que as condenações referidas pelo juiz de primeiro grau - que ainda não haveriam transitado em julgado - por consequência não poderiam ser consideradas para uma avaliação desfavorável, de modo que por mero casuísmo foi prolatada sentença posteriormente ao trânsito em julgado de tais condenações e não se revelando justo e razoável que sirvam de fundamento para a exasperação das penas.

Desta feita, reduz a pena privativa de liberdade para ao mínimo legal (três anos de reclusão), mantendo-se a sanção pecuniária na quantidade fixada em razão da gravidade em tese do delito, a propósito destacando-se as lições de Delmanto que preconiza que na escolha do número de dias-multa “deve-se atentar para a natureza mais ou menos grave do crime (pois não há mais cominação particular para cada delito)” (Código penal Comentado, 2010, p. 261).

Quanto ao aumento pela continuidade delitiva, anoto que o critério aplicável para a solução da questão é o da quantidade de infrações encadeadas, conforme lições de Damásio de Jesus em comentário ao artigo 71 do Código Penal (2012, p. 317):

Note-se que o dispositivo fala em aumento de um sexto a dois terços. E o aumento varia de acordo com o número de crimes (TACrimSP, ACrim 451.909, BMJTACrimSP, 45:21; STF, HC 69.437, 2ª Turma, DJU, 18 dez. 1992, p. 24376; RTJ, 143:215). No sentido geral do texto: JTACrimSP, 23:186, 27:53, 69:51, 75:72, 27:53 e 36:328; RT, 523:350, 564:304, 579:349 e 484:323. O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo aplica os seguintes princípios: 1º) dois crimes: acréscimo de um sexto; 2º) três delitos: um quinto (TACrimSP, ACrim 1.043.343, 12ª Câ., rel. Juiz Ary Casagrande, j. 10-3-1997, RT, 746:610 e 613); 3º) quatro crimes: um quarto; 4º) cinco delitos: um terço; 5º) seis crimes: metade; 6º) sete ou mais: dois terços (AE 452.827, BMJTACrimSP, 45:13).

Sendo dois os delitos praticados, correta a sentença ao proceder ao acréscimo da continuidade no patamar de 1/6.

Assim, fica a pena privativa de liberdade definida em *três anos e seis meses de reclusão*.

Tendo em vista que a quantidade de pena privativa de liberdade é inferior a quatro anos, e considerando ainda que o acusado não é reincidente e não há circunstâncias judiciais desfavoráveis a justificar a fixação de regime de maior rigor na forma do artigo 33, § 3º, do Código Penal, fica no ponto reformada a sentença, para estabelecer-se o regime aberto, a teor do artigo 33, § 2º, “c”, do CP.

Presentes os requisitos da Lei 9.714/98, substituo a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária consistente na entrega mensal de uma cesta básica a entidade beneficente pelo tempo de duração da pena.

Observo que a prestação pecuniária ora fixada não viola o critério da capacidade econômica e ainda que se adequa às finalidades de reprovação e prevenção do delito alguma dose de sacrifício pessoal além da perda representada pela mera redução patrimonial.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso para fins de redução da pena privativa de liberdade, fixação do regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos supra.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0000659-63.2005.4.03.6127
(2005.61.27.000659-9)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelado: CLODOALDO PEREIRA VIDAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO CARLOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Classe do Processo: ACr 49668
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/07/2016

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. CONSUMADO E TENTATIVAS. COLOCAÇÃO DE DISPOSITIVO ELETRÔNICO PARA CAPTURA DE INFORMAÇÕES DE CARTÕES EM CAIXA ELETRÔNICO. AGÊNCIAS DA CEF. FALTA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO.

1. Apesar de comprovada a materialidade do crime de furto consumado, não há prova de que o acusado tenha efetivamente participado da prática do delito. Absolvição com fundamento no art. 386, V, do Código de Processo Penal.

2. Quanto à suposta tentativa de furto, ainda que verificada a existência de dispositivo eletrônico para capturar dados de clientes em caixa eletrônico, não é possível afirmar que estava devidamente instalado e em funcionamento. Da mesma forma, não há provas de que o dispositivo estava na máquina em que o réu realizou manutenção, tampouco que ele tenha sido o responsável pela sua colocação. Absolvição nos termos do art. 386, II e V, do Código de Processo Penal.

3. Na terceira conduta narrada, o acusado nem iniciou a manutenção dos caixas eletrônicos da agência da CEF. Não houve, portanto, o início da suposta da prática criminosa, de modo que, neste contexto, o porte de dispositivo eletrônico para clonagem de cartão bancários e de crédito seria ato meramente preparatório que não é criminalizado por nosso ordenamento jurídico. Absolvição com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

4. Apelação desprovida.

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 do Ministério Público Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de junho de 2016.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal em face da sentença proferida pela 1ª Vara Federal de São Carlos/SP (fls. 332/335) que julgou improcedente a denúncia e absolveu, com fundamento no art. 386, V, do Código de Processo Penal, CLODOALDO PEREIRA VIDAL da imputação da prática dos delitos previsto no art. 155, § 4º, II, c.c. art. 14, II e art. 71, todos do Código Penal.

Narra a denúncia, recebida em 16.12.2008 (fls. 156), em síntese, que CLODOALDO era empregado da empresa “PROCOMP - Indústria Eletrônica Ltda.”, que prestava serviços à Caixa Econômica Federal (CEF). Em setembro de 2004, o denunciado teria se dirigido à agência da CEF do município de Santa Rita do Passa Quatro e, durante a realização de manutenção dos caixas eletrônicos, teria instalado dispositivo para copiar dados dos usuários, o que possibilitou o saque indevido de valores de clientes daquela agência bancária. No mês seguinte (outubro de 2004), CLODOALDO teria se dirigido à agência da CEF de Santa Cruz das Palmeiras e realizado o mesmo procedimento, mas, após sua saída, o gerente da agência inspecionou o caixa eletrônico e constatou a instalação de dispositivo comumente chamado de “chupa-cabra”. Acionados agentes da Polícia Civil, o denunciado foi surpreendido na agência da CEF de Casa Branca antes de iniciar a manutenção dos caixas eletrônicos, sendo apreendidos com ele diversos equipamentos eletrônicos.

A sentença foi publicada em 15.09.2011 (fls. 336).

O Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação (fls. 337/355), no qual sustenta, em síntese, a necessidade de reforma da sentença para a condenação de CLODOALDO vez que, à luz do conjunto probatório presente nos autos, restaria comprovada a materialidade e a autoria delitivas de todas as condutas delitivas a ele imputadas.

Contrarrazões a fls. 361/370.

A Procuradoria Regional da República, em seu parecer (fls. 372/374), opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de apelação da acusação em face da sentença que absolveu CLODOALDO PEREIRA VIDAL da imputação do crime de furto e de tentativas de furto contra o patrimônio da Caixa Econômica Federal (CEF).

Do furto praticado na agência da CEF do município de Santa Rita do Passa Quatro

Como relatado, a denúncia afirma que o apelado, na qualidade de técnico responsável pela manutenção de caixas eletrônicos, teria instalado dispositivo eletrônico apto a copiar dados de clientes em máquina da agência da CEF de Santa Rita do Passa Quatro, o que resultou em lesão a vários correntistas da referida agência.

Ocorre, todavia, que as testemunhas Ivana Viviani Baptista (fls. 202), Samuel Ricardo Marelli (fls. 203) e José Osmar Dahmer (fls. 204), em juízo, afirmaram que foram retirados indevidamente valores de suas respectivas contas bancárias, tendo sido ressarcidos pela CEF posteriormente. Todavia, não estavam certas sobre como se deram as retiradas indevidas, tampouco tinham ciência de quem as teria realizado.

Da mesma forma, a testemunha Nei Calderão Fisher, gerente da agência da CEF de Santa Rita do Passa Quatro, em juízo (fls. 219/220), declarou não se recordar da pessoa do acusado e dos fatos especificamente narrados:

Recorda-se de ter ressarcido alguns correntistas, mas não especificamente quanto aos fatos aqui tratados. (...) Não foi o depoente quem localizou o dispositivo clandestinamente instalado, (...). Não se recorda de ter visto a pessoa que lhe foi apresentada realizar manutenção em equipamentos. - fls. 219.

Mesmo diante da fragilidade dos depoimentos mencionados, a acusação não trouxe elementos de prova que pudessem robustecer suas alegações. Não há nos autos qualquer documento que, por exemplo: (i) registre a apreensão do dispositivo eletrônico utilizado para operacionalizar o suposto furto, tampouco há laudo de perícia técnica dos caixas eletrônicos ou do referido dispositivo que teria sido encontrado neste(s); (ii) esclareça o contexto em que se deram os ressarcimentos a Ivana, Samuel e José Osmar, muito menos o que os fundamentou; (iii) comprove que as lesões aos clientes se deram na época dos fatos imputados ao acusado; (iv) demonstre que CLODOALDO foi o técnico responsável pela manutenção das máquinas e pela instalação do dispositivo eletrônico quando se deram os fatos narrados; e (v) prove que o acusado tenha procedido às retiradas indevidas das contas bancárias.

Assim, é patente que não há provas concretas da ligação entre as lesões aos clientes da agência da CEF de Santa Rita do Passa Quatro e a existência de dispositivo comumente chamado de “chupa-cabra” em caixas eletrônicos, tal como não há elementos que permitam afirmar que CLODOALDO fora o responsável pela instalação deste dispositivo e que estivesse envolvido com as lesões causadas.

Mantenho, portanto, a absolvição quanto a estes fatos, que se dá com fundamento no art. 386, V, do Código de Processo Penal.

Da tentativa de furto praticada na agência da CEF de Santa Cruz das Palmeiras

De acordo com a acusação, no mês de outubro de 2004, CLODOALDO teria novamente instalado dispositivo eletrônico para capturar dados de clientes em caixa eletrônico de agência da CEF, agora em Santa Cruz das Palmeiras. Todavia, após a finalização da manutenção, as máquinas teriam sido inspecionadas pelo gerente da agência bancária, sendo constatada a presença do dispositivo em questão antes da utilização por clientes.

De fato, Valdir José Galupo, gerente da agência em questão, afirmou, em seu depoimento judicial (fls. 251/252):

Na época dos fatos, o réu esteve na agência local a fim de realizar manutenção de uma máquina, pois era Assistente Técnico da PROCOMP. Após o réu deixar o local, foi verificado pelo depoente que havia sido instalado na máquina um “chupa-cabra” (...).

O dispositivo eletrônico supostamente instalado em caixa eletrônico da agência de Santa Cruz das Palmeiras foi submetido a perícia técnica, cujo laudo (fls. 54/58) atestou que “o dis-

positivo leitor de tarjas magnéticas (...) possui circuitos eletrônicos estranhos ao dispositivo original.”, sendo que “os referidos circuitos eletrônicos estão conectados a cabeça magnética leitora do dispositivo principal e possuem a função de efetuar paralelamente a leitura dos dados da tarja magnética de cartões bancários/crédito, bem como, manter os dados capturados, armazenados no circuito de memória adicional estranho ao dispositivo principal”.

Apesar das afirmações da testemunha e da conclusão do laudo pericial, os elementos probatórios presentes nos autos não são suficientes à condenação. Isso porque somente o dispositivo eletrônico foi periciado, não havendo análise técnica do caixa eletrônico em que teria sido localizado, de modo que não é possível afirmar que estivesse efetivamente instalado e apto a copiar dados de clientes. Assim, não está comprovada a materialidade delitiva do delito.

Ainda que a materialidade delitiva fosse inconteste, a autoria não restou plenamente provada. Não há nos autos qualquer documento que aponte quais caixas foram objeto de manutenção realizada por CLODOALDO. Logo, não há como esclarecer se entre eles estaria aquele em que foi localizado o “chupa-cabra”.

Mesmo que houvesse a identificação dos equipamentos, não é possível afirmar que o acusado fora o responsável pela colocação do dispositivo eletrônico no caixa eletrônico, vez que nenhuma das testemunhas presenciou a suposta instalação e, como destacou a sentença recorrida, “as imagens captadas na data dos fatos e exibidas em audiência não indicaram comportamento estranho do acusado” (fls. 334v). Em última análise, o “chupa-cabra” já poderia estar instalado no caixa eletrônico antes da realização da manutenção sem que CLODOALDO identificasse o dispositivo, vez que, como afirmado pela testemunha Carlo Alberto Bolfarini (fls. 240/241), “caso o chamado decorra de problema em outro equipamento, como por exemplo, a impressora, poderá passar despercebido a existência de “chupa-cabra” no leitor da mesma máquina”.

Assim, ainda que esteja comprovada a existência de “chupa-cabra” em um dos caixas eletrônicos da agência, não foi possível demonstrar que estava devidamente instalado e em funcionamento. Da mesma forma, não há prova de que o dispositivo estava na máquina em que o apelado realizara manutenção, tampouco que ele tenha sido o responsável por sua colocação.

Não há, portanto, fundamento para a condenação, devendo ser o réu absolvido. Uma vez que não restaram comprovadas a materialidade e a participação do réu no delito, a absolvição se dá nos termos do art. 386, II e V, do Código de Processo Penal.

Da tentativa de furto praticada na agência da CEF de Casa Branca

Ao final, a denúncia ainda narra que, após sair da agência da CEF de Santa Cruz das Palmeiras, CLODOALDO teria se dirigido à agência da CEF de Casa Branca, onde, antes de iniciar os procedimentos de manutenção dos caixas eletrônicos, foi abordado por agentes da Polícia Civil. Em vistoria, os policiais apreenderam diversos equipamentos eletrônicos.

Em sede de depoimento judicial, Henrique Aparecido Gonçalves Aguilar Lopes (fls. 269/270), um dos policiais civis que abordaram o réu, confirmou a apreensão de equipamentos eletrônicos no automóvel de CLODOALDO, sendo que um deles seria “uma máquina leitora para a clonagem de cartão”.

Os equipamentos apreendidos com CLODOALDO foram periciados, conforme o laudo técnico de fls. 59/86. De acordo com a conclusão dos peritos, um dos dispositivos “possui circuitos eletrônicos estranhos ao dispositivo original”, de modo que “possuem a função de efetuar paralelamente a leitura dos dados da tarja magnética dos cartões bancários/crédito, bem como, manter os dados capturados, armazenados no circuito de memória adicional estranho

ao dispositivo principal” (fls. 84).

Ocorre que, como narrado pela própria denúncia, o acusado nem iniciou a manutenção dos caixas eletrônicos da agência da CEF de Casa Branca. Dessa forma, não houve nem mesmo o início da suposta da prática criminosa, de modo que, nesse contexto, o porte do dispositivo seria ato meramente preparatório, que não é criminalizado por nosso ordenamento jurídico.

Assim, mantém-se a absolvição do apelado. Tendo em vista que, como descrito, sua conduta não constitui, por si só, um delito, sua absolvição deve se dar nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Posto isso, NEGO PROVIMENTO à apelação do Ministério Público Federal, mantendo a absolvição de CLODOALDO PEREIRA VIDAL, porém, *de ofício*, fundamentando-a no art. 386, II, III e V, do Código de Processo Penal, na forma acima estabelecida.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

AÇÃO PENAL
0002731-90.2009.4.03.6124
(2009.61.24.002731-4)

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: PEDRO ITIRO KOYANAGI (desmembrado), JOSÉ JORGE DOS SANTOS (desmembrado) E JOSÉ AFONSO COSTA (desmembrado)

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

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA

Classe do Processo: APn 462

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/08/2016

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. AQUISIÇÃO DE PRODUTOS DE EMPRESAS NÃO VENCEDORAS DE CERTAME LICITATÓRIO, OU POR VALOR SUPERIOR AO ESTABELECIDO NA LICITAÇÃO, SEM FORMALIZAÇÃO DE PROCESSO DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE. AQUISIÇÃO DE PRODUTOS NAS MESMAS CONDIÇÕES DE PREÇOS E PRAZOS, CONSTANTES DE CONTRATO EXPIRADO, SEM A DEVIDA FORMALIZAÇÃO DE TERMO ADITIVO OU DE NOVO PROCESSO DE LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 89 E 92 DA LEI Nº 8.666/93. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO E DE DANO AO ERÁRIO PARA CONFIGURAÇÃO DOS DELITOS. FATOS QUE NÃO CONSTITUEM INFRAÇÃO PENAL. ABSOLVIÇÃO. ARTIGO 386, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

- Competência originária deste Tribunal para o processamento e julgamento do processo-crime, nos exatos termos do artigo 29, inciso X, da Constituição da República e Súmula 702 do Supremo Tribunal Federal, uma vez que os fatos descritos na inicial abarcam agente político detentor do cargo de prefeito, além da circunstância atinente ao interesse federal existente no deslinde da causa, compreendendo o exercício acusatório a dispensa e/ou inexigibilidade de procedimento licitatório na utilização de verbas públicas sujeitas à auditoria do Tribunal de Contas da União, bem como o favorecimento de licitante contratado pelo alcaide ao término do cumprimento do referido contrato.

- Em consideração a mudança de compreensão acerca do tema nos Tribunais Superiores, passou-se a entender que, “para a tipificação do crime previsto no artigo 89, da Lei nº 8.666/1993, é necessária a comprovação do dolo específico de causar dano ao erário e a caracterização do efetivo prejuízo à Administração Pública, não sendo suficiente apenas a vontade de desobedecer às normas legais do procedimento licitatório” (STJ, 5ª Turma, AGREsp 1.199.871, rel. Ministra Regina Helena Costa, DJE de 14.5.2014).

- À luz dos elementos típicos exigidos atualmente, carece a denúncia, *in casu*, da necessária descrição da conduta quanto ao dolo específico dos acusados, ausente menção à intenção do prefeito e demais agentes de causar dano ao erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos.

- A comprovação da ausência do prejuízo para a Administração Pública, em relação às aquisições de gêneros alimentícios das empresas Prontinho Indústria e Comércio

Ltda. e Maria Cristina Fernandes de Matos Zoccal ME, decorre da realização de prévia cotação de preços pelo telefone, denotando que a finalidade das compras era fornecer merenda às creches municipais.

- A orientação do Departamento Jurídico da Prefeitura para que as compras pontuais, além de precedidas de cotação de preço, também observassem o valor definido para o mesmo produto na licitação anterior, de modo que não ocasionassem prejuízos aos cofres da municipalidade, afasta a intenção específica de causar dano aos cofres públicos pelos agentes.

- Quanto à aquisição de salsicha junto ao Frigorífico Estrela d'Oeste Ltda. no valor unitário de R\$ 0,05 (cinco centavos) acima do preço estabelecido no contrato, ocorrida uma única vez e que ocasionou diferença real indevida tão-somente de R\$ 3,80 e, ainda, o fato de a compra ter se dado em dez dias depois da homologação da licitação, torna plausível a versão de que esse fato decorreu de mero erro de faturamento, afastando o dolo específico dos réus nesta conduta.

- No tocante ao crime tipificado no artigo 92 da Lei de Licitações, o entendimento jurisprudencial passou a exigir igualmente a presença do elemento subjetivo do delito em sua forma específica, no caso a intenção do agente de causar dano aos cofres públicos ou de favorecer o licitante vencedor.

- A urgência de novas aquisições de gêneros alimentícios da empresa Plantão Econômico Supermercado Ltda., para dar continuidade ao fornecimento de merenda escolar até o término do ano letivo, e a observância dos mesmos preços da licitação aprovada e vencida pela licitante, conforme orientação do Departamento Jurídico da municipalidade, ainda que esse gasto tenha superado em pouco o limite de 25% acima do valor licitado previsto na Lei de Licitações, demonstram a inexistência de manipulação de preço ou desvios de valores e/ou de produtos, permitindo eventual responsabilização dos réus na esfera cível, mas afastando, por ausência de dolo específico, a responsabilização deles na esfera criminal.

- Pretensão punitiva que esbarra na disposição contida no inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal em relação a todas as condutas descritas na denúncia.

- Absolvição, inclusive a pedido da Procuradoria Regional da República, dos réus Pedro Itiro Koyanagi e José Jorge dos Santos em relação às condutas descritas na denúncia como “Fato 1” e “Fato 3”, e, ainda, a absolvição do réu José Afonso Costa em relação à conduta descrita como “Fato 3”.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, julgar improcedente a ação penal para absolver os réus com base no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, nos termos do relatório e voto da Desembargadora Federal Therezinha Cazerta (Relatora), que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de julho de 2016.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora):

A Procuradoria da República em Jales, em 18 de dezembro de 2009, ofereceu denúncia (fls. 03/07, docs. do inquérito às fls. 08/80) contra Pedro Itiro Koyanagi e José Jorge dos Santos, imputando-lhes a prática dos crimes dos arts. 89 e 92 da Lei nº 8.666/93 e, por duas vezes, do crime do art. 1º, III, do Decreto-Lei nº 201/67 e, ainda, contra José Afonso Costa, imputando-lhe a prática do crime do art. 92 da Lei nº 8.666/93, assim vazado o exercício acusatório:

O *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL*, pelo Procurador da República infra-assinado, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, vem, à presença de Vossa Excelência, oferecer *DENÚNCIA* em desfavor de:

PEDRO ITIRO KOYANAGI, RG 7.489.601, CPF 786.882.648-72, brasileiro, ex-prefeito Municipal de Estrela D'Oeste, com domicílio na Rua Minas Gerais, nº 662, Centro, ou na Rua Bahia, nº 639, ambas em Estrela D'Oeste, CEP 15650-000, fone/fax: (17) 3833-1411;

JOSÉ JORGE DOS SANTOS, brasileiro, Tesoureiro Municipal de Estrela D'Oeste, com domicílio na Rua Bahia, nº 639, ambas em Estrela D'Oeste, CEP 15650-000, fone/fax: (17) 3833-1411;

JOSÉ AFONSO COSTA, brasileiro, assessor de planejamento da Prefeitura Municipal de Estrela D'Oeste, com domicílio na Rua Bahia, nº 639, ambas em Estrela D'Oeste, CEP 15650-000, fone/fax: (17) 3833-1411;

pelas razões fáticas e jurídicas que passa a expor:

Fato 1

Os denunciados PEDRO ITIRO KOYANAGI e JOSÉ JORGE DOS SANTOS, conforme consta do relatório de fiscalização nº 393, elaborado pela Secretaria Federal de Controle Interno, órgão da Controladoria-Geral da União, eram, respectivamente, prefeito e tesoureiro do Município de Estrela D'Oeste-SP, e nesta condição, adquiriram produtos de empresas não vencedoras do processo licitatório (modalidade de convite), com pagamento do valor unitário superior ao estabelecido na licitação.

Pela análise dos documentos em anexo, constata-se que foram adquiridos gêneros alimentícios, relacionados a seguir, destinados à merenda escolar, junto às empresas “Prontinho Indústria e Comércio Ltda.”, conforme nota de empenho nº 2004/665/661/1, e “Maria Cristina Fernandes de Matos Zoccal ME”, conforme nota de empenho nº 2004/920/1, por meio dos cheques nº 850044 e 850045, nos valores de R\$ 132,60 e R\$ 661,50, respectivamente.

Ocorre que *essas empresas não foram vencedoras do processo de licitação* Convite nº 004/SL/2004 e seus produtos *foram pagos com o preço unitário superior ao da licitação*.

Para ficar bem evidente, observa-se a tabela abaixo:

Descrição dos produtos	Unid.	Qtde	Vl. unit. (R\$)	V.total (R\$)
Macarrão tipo retalho Macarrão a granel (marca SELMI)	kg	30	2,02 1,45 (*)	60,60
Suco em pó vários sabores Suco estrato (sic) fruta (uva e abacaxi) pó	kg	20	3,60 2,98 (*)	72,00
Carne moída Carne acém moída	kg	135	4,90 3,80 (*)	661,50

(*) Preços unitários cotados na licitação.

Constatou-se ainda que a empresa Frigorífico Estrela D'Oeste Ltda., vencedora do item 16 do procedimento licitatório específico (salsicha), cotado por R\$ 2,30, forneceu o produto à Prefeitura Municipal pelo valor unitário de R\$ 2,35, conforme notas fiscais nº 223934 e 231341, no valor total de R\$ 178,60.

Em suma, o valor licitado foi um e o valor de efetiva aquisição foi outro, acima do constante do processo licitatório.

Além disso, não bastante as irregularidades já apontadas, tendo que as aquisições não foram realizadas em conformidade com a Lei 8.666/93, a administração Municipal não apresentou processo de dispensa de licitação devidamente formalizado e respectivos documentos comprobatórios de despesa quando da aquisição dos produtos.

Nesse diapasão, diante do exposto, os réus perpetraram atos que caracterizam a figura delituosa prevista no artigo 89 da Lei 8.666/93, *in verbis*:

“Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa”.

Assim, dispensaram os denunciados licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

Fato 2

Pela análise dos autos do procedimento administrativo em anexo, constata-se que a Prefeitura Municipal recebeu o montante de R\$ 3.991,50, por meio de crédito de numerário na conta corrente nº 6778-4, PM Estrela D'Oeste - PNAAC, no período de janeiro a novembro do corrente exercício, valor que deveria ser destinado à aquisição da merenda escolar para a creche da localidade, mantida pela entidade Associação de Amparo à Infância e Juventude.

É certo, nesse ponto, que todos os controles de entrada e saída dos gêneros alimentícios da merenda são mantidos pelos responsáveis do Setor de Compras da Prefeitura. No entanto, a fiscalização verificou, mediante controles (informatizados) apresentados, que houve a distribuição dos produtos às escolas do Município, exceto a quem de direito, no caso a creche referenciada. Assim, observa-se que a Prefeitura utilizava-se destes recursos com finalidade específica para a compra de gêneros alimentícios para a merenda, todavia efetuava a distribuição destes produtos para as escolas municipais, e não para a sua legítima destinatária.

Os denunciados PEDRO ITIRO KOYANAGI, prefeito municipal, e JOSÉ JORGE DOS SANTOS, tesoureiro, eram os responsáveis pela gestão e aplicação dos recursos recebidos e, nessa qualidade, desviaram ou aplicaram indevidamente as verbas públicas.

Assim agindo, os réus praticaram conduta que pode ser enquadrada no artigo 1º, III, do Decreto-Lei 201/67, assim tipificada:

“Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

...

III - desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas;

...

§ 1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos.”

Diante do exposto, agiram os aludidos denunciados de modo a desviarem ou aplicarem indevidamente rendas ou verbas públicas.

Fato 3

Consta ainda que a fiscalização do órgão de controle apurou que os denunciados PEDRO ITIRO KOYANAGI, JOSÉ JORGE DOS SANTOS e JOSÉ AFONSO COSTA efetuaram gastos com a merenda escolar sem formalização de termo aditivo ou processo licitatório.

Observa-se, pela leitura dos autos, que embora o contrato nº 007/SL72004, firmado com a empresa “Plantão Econômico Supermercado Ltda.” para a aquisição de produtos para a merenda escolar, tenha sido encerrado, os representantes do poder executivo permaneceram ad-

quirindo produtos da mesma empresa, nas mesmas condições de preços e prazos, constantes do contrato ora expirado, sem a devida formalização de termo aditivo ou processo de licitação. Essas aquisições foram feitas em desacordo com o disposto no artigo 65, § 1º, da Lei 8.666/93, vez que as aquisições realizadas somaram a importância de R\$ 7.918,50, ultrapassando o limite de até 25% do valor total do contrato, consistente na quantia de R\$ 24.470,50.

O Prefeito Municipal reconheceu a procedência da constatação. Além do prefeito e do tesoureiro, o denunciado JOSÉ AFONSO DA COSTA era assessor de planejamento da Prefeitura Municipal e tinha a responsabilidade pelos gastos realizados com a merenda escolar, conforme faz prova o documento constante da fl. 86.

A despeito da improbidade administrativa, a conduta praticada subsume-se ainda ao tipo penal inscrito no artigo 92 da Lei 8.666/93, a seguir descrito:

“Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observando o disposto no art. 121 desta Lei: (redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa. (redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)”

Fato 4

Em 2004 foi repassada pelo governo federal no município de Estrela D'Oeste a quantia de R\$ 12.945,31, para aplicação exclusiva no transporte escolar de alunos da zona rural.

Parte desses valores (R\$ 2.546,80) foram justificados por meio de notas fiscais que não discriminam os dados dos veículos que deram ensejo às despesas, impossibilitando a conferência acerca da correta destinação dos recursos.

Além disso, outra parcela dessa quantia (R\$ 1.152,00) teve aplicação diversa da sua real finalidade, uma vez que se destinava tão somente aos gastos com transporte escolar de alunos da zona rural, mas que foi utilizada no transporte escolar de alunos da zona urbana.

As irregularidades ficaram evidenciadas por conta do exame dos extratos bancários da conta específica do PNATE, da análise das notas fiscais relativas às despesas do programa e da verificação da relação de veículos utilizados para transporte de alunos na zona rural e de alunos beneficiados pelo programa.

Os denunciados PEDRO ITIRO KOYANAGI, prefeito municipal, e JOSÉ JORGE DOS SANTOS, tesoureiro, eram os responsáveis pela gestão e aplicação dos recursos recebidos e, nessa qualidade, desviaram ou aplicaram indevidamente as verbas públicas.

Assim agindo, os réus praticaram conduta que pode ser enquadrada no artigo 1º, III, do Decreto-Lei 201/67, assim tipificada:

“Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

...

III - desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas;

...

§ 1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos.”

Destarte, comprovadas a autoria e materialidade, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL denuncia e pede a condenação de PEDRO ITIRO KOYANAGI e JOSÉ JORGE DOS SANTOS como incurso no crime do artigo 89 da Lei 8.666/93, no crime do artigo 92 da Lei nº 8.666/93 e, por duas vezes, no crime do artigo 1º, inciso III, do Decreto-Lei 201/67; bem como de JOSÉ AFONSO COSTA como incurso no crime do artigo 92 da Lei nº 8.666/93, requerendo, após recebida a presente denúncia, seja o denunciado citado para responder à acusação, no prazo de 10 dias, prosseguindo o regular andamento do feito à luz do artigo 394 e seguintes do Código de Processo Penal, até final condenação.

No juízo federal da 1ª Vara de Jales/SP, em 08 de fevereiro de 2010, foi recebida a denúncia, nos termos abaixo (fl. 85):

Recebo a denúncia, visto que formulada segundo o disposto no artigo 41, do Código de Processo Penal. A exordial descreve com suficiência as condutas que caracterizam, em tese, o crime nela capitulado e está lastreada em documentos encartados nos autos do inquérito, dos quais exsurgem a prova da materialidade delitativa e os elementos indiciários suficientes para dar início à *persecutio criminis in judicio*.

Requisitem-se em nome dos acusados as folhas de antecedentes junto ao IIRG e à DPF, bem como as respectivas certidões que constar, inclusive certidões da Justiça Federal.

Nos termos dos artigos 396 e 396-A do Código de Processo Penal, redação dada pela Lei nº 11.719/2008, expeça-se carta precatória à Comarca de Estrela D'Oeste/SP, para que se proceda à citação dos acusados para que constituam defensores para responderem à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, caso contrário, ser-lhe-ão nomeados defensores dativos para apresentarem suas respostas.

No ato da intimação, o acusado poderá manifestar-se, solicitando nomeação de defensor dativo, declarando não possuir condições de constituir um advogado, devendo o encarregado da diligência certificar tal fato expressamente.

Caso o acusado não tenha defensor constituído, venham os autos conclusos para indicação de defensor dativo.

Ao SUDP para atuar como Ação Penal, bem como para inclusão no polo passivo dos acusados, conforme requerido na cota ministerial.

Cumpra. Intime-se.

Respostas à acusação apresentadas por José Jorge dos Santos, às fls. 105/116, com alegação de que “a denúncia não poderia se recebida nos moldes em que foi ofertada, pois não apresenta as condutas pessoais de cada um dos acusados, de forma individualizada que possibilite a ampla defesa e o contraditório; mais ainda, a denúncia apresenta acusações de índole culposa, sendo certo que todos os crimes descritos na Lei de Licitações e Lei de Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores são estritamente dolosos”; e Pedro Itiro Koyanagi e José Afonso Costa, às fls. 117/140, em que arguida tanto a “inépcia da denúncia - ausência de descrição das condutas dos peticionários” quanto a existência de “causa de exclusão da ilicitude - aprovação das contas relativas a 2004 pela Câmara de Vereadores e Tribunal de Contas do Estado de São Paulo”.

Impugnação às manifestações dos acusados às fls. 146/148.

À fl. 165, sobreveio o *decisum* indeferindo o pedido de absolvição sumária formulado pelos acusados e determinando a realização da instrução processual.

Termos de depoimento das testemunhas de defesas Valter Jesus França, comerciante, às fls. 225/226, e Nivaldo Pereira de Oliveira, aposentado, às fls. 238/239.

VOLUME II. Petição de fls. 288/290, acompanhada dos documentos de fls. 291/295, protocolada pela testemunha de defesa Wagner Leandro Assunção Toledo, advogado, requerendo a dispensa de sua oitiva, por ser o peticionário inimigo capital dos réus.

Às fls. 319/321, a defesa de Pedro Itiro Koyanagi e José Jorge dos Santos requereu a nulidade do feito, em razão de não terem sido notificados os réus para apresentação de defesa antecipada ao recebimento da denúncia, conforme previsto no art. 2º, I, do Decreto-Lei nº 201/67, tendo o referido pleito sido indeferido à fl. 348.

Termos de depoimento das testemunhas de defesa Paulo José Gonçalves, à fl. 343, José Assumpção Valentim Neto, funcionário público municipal, à fl. 363, Sérgio Bertaci, funcionário público municipal, à fl. 364, Aldemir Fábaro, funcionário público municipal, à fl. 365, João

Carlos Maraia, funcionário público municipal, à fl. 366, João Edis Mioto, comerciante, à fl. 367, Pedro Candido Miranda, comerciante, à fl. 368, Vanilda Giacometi Carvalho, funcionária pública municipal, à fl. 369, Maria de Jesus Claro Duran, funcionária pública municipal, à fl. 370, Alexandre Calgaro, comerciante, à fl. 371, Benedito Luiz, funcionário público municipal, à fl. 372, Milton Aparecido Pellarin, funcionário público municipal, à fl. 373, Oreste Gildo Zivieri, comerciante, à fl. 374, Camila Fernanda Santos Fernandes Sanches, empresária, às fls. 441/444, Amauri César Tazinaffo, mecânico, às fls. 445/447, e Edvaldo Carlos de Oliveira, funcionário público estadual, à fl. 472.

VOLUME III. Termos de depoimento das testemunhas de defesa João Maciel Claro, Delegado de Polícia Civil, às fls. 489/490, Maria Inez Mioto Cordeiro, Diretora de Escola, à fl. 505, Luís Carlos Pereira, pastor, à fl. 518, e Tokio Hirata, engenheiro, às fls. 552/553.

À fl. 583, acolhida a manifestação do Ministério Público Federal de fl. 581, no sentido da incompetência do juízo da 1ª Vara Federal de Jales/SP em face da eleição de Pedro Itiro Koyanagi para o cargo de prefeito do município de Estrela D'Oeste/SP, determinando-se a remessa dos autos ao Tribunal, distribuídos a esta relatoria em 2 de julho de 2013.

Encaminhado o feito à Procuradoria Regional da República, a proposição ofertada deuse “pela decretação da nulidade da decisão de fls. 567/567v, bem como pelo deferimento dos pedidos de substituição de testemunhas (fls. 405 e 574), e, ainda, por que se determine a oitiva da testemunha Maria Alice Moreira Basso, independentemente da antecipação das despesas relacionadas às diligências do oficial de justiça” (fls. 599/605).

Em contrapartida, a defesa de Pedro Itiro Koyanagi e José Afonso Costa pronunciou-se “insistindo na oitiva das testemunhas que ainda não prestaram seus esclarecimentos”, além de reiterar “o pedido de reconhecimento de nulidade da r. decisão que recebeu a denúncia, haja vista a inexistência de intimação para apresentação de defesa prévia, questão esta que este próprio E. TRF3 já reconheceu como causa de nulidade absoluta” (fls. 617/619).

Às fls. 622/624, o Ministério Público Federal manifestou-se “pelo indeferimento do pleito de declaração da nulidade da decisão que recebeu a denúncia feito pela defesa dos corréus Pedro Itiro e José Afonso”.

Às fls. 626/629, proferida decisão de seguinte teor:

(...)

No que concerne às imputações com incursão nas penas do artigo 1º, inciso III, do Decreto-Lei nº 201/67, relacionadas à eventual ocorrência de aplicação indevida de verbas federais, correspondentes ao “Fato 2” (utilização de recursos para compra de produtos alimentícios destinados a escolas do município, em detrimento da aquisição de merenda escolar para a creche a que destinado originariamente o numerário recebido) e “Fato 4” (emprego de quantidade vinculada ao transporte escolar na zona rural em benefício dos alunos da zona urbana), o recebimento da inicial acusatória sem a observância da previsão contida no inciso I do artigo 2º do decreto-lei em questão - “Antes de receber a denúncia, o Juiz ordenará a notificação do acusado para apresentar defesa prévia, no prazo de cinco dias. Se o acusado não for encontrado para a notificação, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a defesa, dentro do mesmo prazo” -, tem sido entendido predominantemente como motivo determinante do reconhecimento de nulidade da decisão que dá início ao processo-crime.

Conforme asseverado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura ao ensejo da apreciação pela 6ª Turma do STJ, em 12.5.2009, do *Habeas Corpus* 55.575/RR, “A mens legis que inspirou a fase preliminar do procedimento em testilha é clara: proteger o bom nome da Administração Pública do ajuizamento de ações penais desprovidas de lastro. Apesar de sua preca-

riedade, a sua só pendência já colocaria na berlinda o agente público e, via de consequência, exporia a risco a credibilidade estatal”.

Assim, e independentemente de o prefeito não ser mais detentor do mandato eletivo quando do fornecimento da denúncia ou mesmo da demonstração pela defesa de prejuízo efetivo algum ante a desconsideração do rito específico, a defesa prévia “é necessária, nos termos do art. 2º, inciso II, do DL 201/67, e do art. 4º da Lei 8.038/90, tendo o sentido de evitar perseguições penais causadas por interesses escusos ou decorrentes da atividade político-partidária exercida pelos mandatários (Bazílio: 106; Fernandes; Mesquita; Romão: 15), sendo que a sua falta é causa de nulidade absoluta (STJ, HC 92209, Napoleão Maia, 5ª T., u., 5-5.09), ainda que o acusado não mais exerça o cargo de Prefeito ao tempo em que oferecida a acusação (STJ, HC 102821, Arnaldo Lima, 5ª T., u., 24.6.08” (José Paulo Baltazar Junior, Crimes Federais, Livraria do Advogado, 8ª edição, p. 355-356).

Embora não se desconheça orientação jurisprudencial em sentido contrário, como se verifica inclusive dos precedentes alinhados pelo Ministério Público Federal em sua manifestação de fls. 622/624, a posição prevalecente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça encontra-se espelhada nas ementas abaixo:

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. DECRETO-LEI 201/67. COAUTORIA. TÉRMINO DO MANDATO DE PREFEITO. CITAÇÃO PARA DEFESA PRÉVIA. PRERROGATIVA DE FORO. RITO ESPECIAL. OBSERVÂNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. No caso dos autos, não se trata de matéria de definição de competência, em face da prerrogativa de foro, e sim de rito estabelecido em lei especial aplicável aos crimes nela previstos (art. 2º, I, do Decreto-Lei 201/67).

2. Imputados os crimes do Decreto-Lei 201/67 e, sendo a estes aplicado rito especial estabelecido na norma incidente, em observância ao princípio do devido processo legal, deve ser conferida a oportunidade da defesa prévia, nos termos do dispositivo supracitado.

3. Não há aplicar a regra, *mutatis mutandis*, do art. 514 do CPP, uma vez que, inserido na norma processual comum, aplica-se a todos os crimes que seguem o procedimento do estatuto processual penal, o que não é o caso.

4. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no Recurso Especial 958.634/MG, 5ª Turma, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 17.5.2010)

“*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DOS PREFEITOS. AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR. NOTIFICAÇÃO, APENAS, DO ADVOGADO CONSTITUÍDO DO ACUSADO, POR MEIO DA IMPRENSA OFICIAL. OBRIGATORIEDADE DE NOTIFICAÇÃO DO ACUSADO. NULIDADE ABSOLUTA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Apresentada a denúncia ao Tribunal, far-se-á a notificação do acusado para apresentar resposta preliminar. É patente o constrangimento ilegal quando existe apenas publicação no Diário de Justiça, em nome do advogado constituído do denunciado.

2. A ausência de defesa preliminar constitui nulidade absoluta, porque desrespeita o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, encerrando inegável prejuízo ao acusado.

3. *Habeas corpus* concedido para declarar a nulidade *ab initio* do processo instaurado em desfavor do Paciente, desde o despacho de recebimento da denúncia, determinando sua notificação pessoal para oferecer defesa preliminar, nos termos do disposto no art. 4º da Lei nº 8.038/90.”

(*Habeas Corpus* 99.056/PR, 5ª Turma, rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 16.2.2009)

“PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME TIPIFICADO NO DL 201/67. ATOS ILÍCITOS SUPOSTAMENTE PRATICADOS NA CONDIÇÃO DE PREFEITO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PARA APRESENTAR DEFESA PRÉVIA. NULIDADE ABSOLUTA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PRESCINDIBILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. A notificação para apresentar defesa prévia, nos termos do art. 2º, I, do Decreto-Lei 201/67, é medida que se impõe, sob pena de nulidade da decisão que recebe a denúncia sem a observância da referida norma, cujo reconhecimento independe da comprovação de prejuízo.

2. Recurso provido para anular o Processo 2005.39.00.010166-2, da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Pará, a partir do recebimento da denúncia, a fim de que seja notificado o paciente para apresentação da defesa prévia.”

(Recurso em *Habeas Corpus* 20.179/PA, 5ª Turma, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 1.9.2008)

“*HABEAS CORPUS*. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE RESPONSABILIDADE DOS PREFEITOS. ARTIGO 2º DO DECRETO-LEI 201/1967. APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. EX-PREFEITO. CABIMENTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A garantia do contraditório prévio, em tema de crimes de responsabilidade dos prefeitos, é obrigatória, ainda que o acusado não exerça mais a Chefia da Municipalidade e a denúncia tenha sido instruída com processo administrativo, no qual apresentou defesa.

2. Ordem concedida.”

(*Habeas Corpus* 65.843/MT, 6ª Turma, rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 9.4.2007)

Declarada, pois, a nulidade da decisão de fl. 85 no tocante às hipóteses delitivas que tratam de crime próprio de prefeito, previstas no artigo 1º, inciso III, do Decreto-Lei nº 201/67 - “Fato 2” e “Fato 4” -, por conseguinte impõe-se de rigor o reconhecimento do desaparecimento do direito do Estado em fazer valer sua pretensão punitiva, ante a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição, que, regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominada - 8 (oito) anos (artigo 109, inciso IV, do Código Penal), tomando-se em consideração o disposto no artigo 1º, § 1º, do aludido decreto-lei, que prevê “pena de detenção, de três meses a três anos” -, consumou-se em dezembro de 2012 para ambos os crimes.

Consigne-se que em situação bastante assemelhada ao caso dos autos, no feito de registro nº 2009.61.24.002730-2, também envolvendo o alcaide de Estrela D’Oeste ora réu, em decisão de Relator neste Órgão Especial, Desembargador Federal Carlos Muta, datada de 11 de setembro do corrente ano, pronunciou-se igualmente a invalidade da aceitação da inicial acusatória e consequente extinção da punibilidade em decorrência do esgotamento do prazo prescricional. Válida, de resto, a instauração da ação penal com relação às acusações remanescentes, em especial porque determinada por juízo àquele tempo competente para tanto, correspondentes aos “Fato 1” e “Fato 3”, alegadamente enquadrados em tipos penais da Lei de Licitações, cujo rito específico não alberga previsão de resposta anteriormente ao recebimento da denúncia, e ratificados os atos processuais instrutórios praticados no primeiro grau antes da assunção de Pedro Itiro Koyanagi ao cargo de prefeito de Estrela D’Oeste, a hipótese comporta ainda reconhecimento de nulidade, nesse ínterim, da decisão de fl. 567 - ocasião em que se “(I) deferiu a substituição das testemunhas, conforme pleito da defesa de Pedro e José Afonso (fls. 348 e 405), (II) determinou a intimação destes corréus para manifestarem-se sobre a não localização das testemunhas Rafael Moreira Maciel, Luiz Carlos Calgaro e Rodrigo Galbiati Mioto, bem como a intimação de José Jorge quanto à não localização da testemunha César Augusto Vila, sob pena de preclusão, (III) decretou a preclusão da pretensão de oitiva de Maria Alice Moreira Basso, em virtude do não recolhimento da taxa judiciária prevista na Lei Estadual (SP) 11.608/03 pelos corréus Pedro e José Afonso, e (IV) determinou a expedição de carta precatória à comarca de Santa Fé do Sul, para a oitiva de Francis César Mainardi, testemunha arrolada pela defesa dos acusados acima referidos” -, porquanto, conforme asseverado pelo próprio órgão acusatório, “em 29/01/2013, o Juízo da 1ª Vara Federal de Jales/SP já não tinha competência para processar e julgar o presente feito, pelo que tal decisão deve ser nulificada, justamente em virtude da incompetência absoluta superveniente” (fl. 603, verso).

Dito isso, reconheço a nulidade da decisão de recebimento da denúncia (fl. 85) quanto às acusações de prática de delitos previstos no artigo 1º, inciso III, do Decreto-Lei nº 201/67, correspondentes na peça acusatória aos “Fato 2” e “Fato 4”, decretando-se em razão disso a extinção da punibilidade dos réus especificamente a respeito dessas imputações que versam sobre cri-

mes próprios de prefeito; e reconheço a nulidade da decisão de fl. 567, eis que proferida por juiz já incompetente à época.

Certificado o transcurso do prazo para eventual recurso, tornem os autos conclusos para deliberação acerca do prosseguimento da instrução desta ação penal e expedição do necessário para conclusão das oitivas de testemunhas arroladas pela defesa dos réus.

Intimem-se.

Agravos regimentais manejados pelo Ministério Público Federal, às fls. 632/639, e pela defesa de Pedro Itiro Koyanagi e José Afonso Costa, às fls. 641/648, restaram apreciados nos termos do julgado (650/663) abaixo resumido:

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DECRETAÇÃO DE NULIDADE PARCIAL EM PROCESSO-CRIME REMETIDO AO TRIBUNAL COM INSTRUÇÃO EM ANDAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. CABIMENTO. INTERLOCUTÓRIA QUE DESAFIA RECURSO PARA O ÓRGÃO COLEGIADO COM RELAÇÃO À DECLARAÇÃO DA INVALIDADE ATINENTES AOS CRIMES PRÓPRIOS DE PREFEITO, E NÃO QUANTO À REJEIÇÃO DA PRETENSÃO DE ANULAÇÃO REFERENTE AOS DELITOS PREVISTOS NA LEI DE LICITAÇÕES. MANUTENÇÃO DA DECISÃO NA PARTE RECORRÍVEL.

- A admissão, nas ações penais originárias, em que a instrução criminal corre sob o crivo do relator, de decisões monocráticas irrecorríveis, objetivando-se a racionalização do procedimento e agilização e simplificação dos julgamentos, evitando-se demora excessiva em sua ultimação (artigos 1º a 12 da Lei 8.038/90, Lei 8.658/93 e parágrafo único do artigo 207 do Regimento Interno desta Corte Regional), não exclui a possibilidade de reexame pelo órgão competente quando as soluções encaminhadas por intermédio do juízo unipessoal, dadas as conseqüências óbvias da interlocutória proferida, impeçam que o colegiado, a posteriori ou em momento ainda útil, aproprie-se de determinada questão no curso do feito criminal.

- Aceitação do agravo regimental em excepcionais situações, espelhadas em hipóteses resguardadas no regime geral de impugnação estipulado pelo artigo 581 do Código de Processo Penal - reconhecimento da incompetência do juízo, decretação de prescrição, pronúncia de extinção da punibilidade, declaração de nulidade do processo (caso dos autos) -, como única forma viável de submeter a controle o exercício jurisdicional inerente ao desempenho das atribuições conferidas ao relator no processo penal de instância exclusiva no Tribunal.

- Cabimento do recurso interposto pelo Ministério Público Federal, sem sucesso, contudo, no mérito propriamente dito: nulidade da decisão de recebimento de denúncia, especificamente com relação ao alegado cometimento de aplicação indevida de verbas públicas federais (“Fato 2” e “Fato 4” na peça acusatória), à vista da inobservância da previsão contida no artigo 2º, inciso I, do Decreto-Lei 201/67, de notificação para apresentação de defesa previamente à instauração do processo-crime - vício de natureza absoluta, segundo a orientação prevalecente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça -, e consequente decretação da extinção da punibilidade dos réus no tocante a essas imputações que versam sobre crimes próprios de prefeito, ante a ocorrência da prescrição.

- Juízo de admissibilidade negativo quanto à insurgência dos co-réus Pedro Itiro Koyanagi e José Afonso Costa contra o afastamento da nulidade relativamente às acusações remanescentes, consubstanciadas na prática de delitos tipificados nos artigos 89 e 92 da Lei 8.666/93 (“Fato 1” e “Fato 3”), almejando-se a extensão da aludida proclamação de invalidade a toda a decisão de recebimento da denúncia.

- Pretensão que esbarra não apenas na limitação imposta pela dicção do parágrafo único do artigo 207 do Regimento Interno, mas de igual modo na sistemática retratada no inciso XIII do artigo 581 do Código de Processo Penal, cujo rol para o recurso em sentido estrito não contempla modelo de impugnação próprio à espécie, aceitando-se tão-somente o *habeas corpus*

como remédio cabível.

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, não conhecer do recurso interposto pelos co-réus Pedro Itiro Koyanagi e José Afonso Costa e negar provimento ao agravo regimental do Ministério Público Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 11 de dezembro de 2013.

Interpostos recursos especiais pela defesa de Pedro Itiro Koyanagi e outros, às fls. 677/687, e pelo Ministério Público Federal, às fls. 691/708, às fls. 734/735 foi proferida decisão determinando o desmembramento do feito, de modo a permitir o processamento das respectivas insurgências sem prejuízo do prosseguimento da instrução criminal nestes autos.

VOLUME IV. Certidão de fl. 741, informando o desmembramento do processo-crime o qual deu origem à Ação Penal 508/SP, em cumprimento à decisão *retro*.

À fl. 742, decidida a desnecessidade da inquirição das testemunhas arroladas para esclarecer o “Fato 2” e o “Fato 4” descritos na denúncia, em face da decretação da extinção da punibilidade pela prescrição, “ficando, assim, prejudicados tanto a oitiva das testemunhas Luiz Carlos Calgaro, Maria Alice Moreira Basso e Rafael Moreira Maciel, arroladas pelo co-réu Pedro Itiro Koyanagi, quanto o pedido de substituição de duas delas por Paulo Mioto e Celso Ricardo Assunção Toledo”, bem como determinada a continuação da instrução do feito em relação ao “Fato 1” e ao “Fato 3” da inicial acusatória.

Termos de depoimento das testemunhas de defesa Geraldo Aparecido do Livramento, professor, à fl. 774, e Francis Cesar Mainardi, arquiteto, à fl. 775.

Termos de interrogatório de Pedro Itiro Koyanagi, José Jorge dos Santos e José Afonso Costa, às fls. 886/889.

Despacho à fl. 892, *in verbis*:

Vistos.

Acautele-se o material em mídia encartado à fl. 889, contendo a gravação em áudio e vídeo dos interrogatórios, mantendo-se nos autos, para eventual consulta, cópia do registro original, a ser, de igual modo, encaminhada às partes (Código de Processo Penal, artigo 405, § 2º, acrescentado pela Lei 11.719/2008).

Cumpra-se o disposto no artigo 10 da Lei nº 8.038/90. O prazo é comum e corre em cartório, a partir da comunicação desta, disponibilizando-se reprodução integral do processado - se possível, na forma digitalizada - a acusação e defesa. Requistem-se folhas de antecedentes e certidões criminais atualizadas dos réus.

Intimem-se.

VOLUME V. Após manifestações das partes, novo *decisum* sobreveio às fls. 957/958, assim redigido:

Vistos, em apreciação ao requerimento de diligências apresentado em nome dos acusados (fls. 931/932), a teor do previsto nos artigos 10, da Lei nº 8.038/90, e 213, do Regimento Interno desta Corte - “O Ministério Público Federal, pelo Procurador Regional da República signatário, ciente da realização dos interrogatórios (fls. 885/889) e tendo em vista que já foram solicitadas folhas de antecedentes e certidões criminais dos réus atualizadas (fls. 892), nada tem a requerer” (fl. 900).

1 - Segundo a defensoria dos co-réus, “Uma das acusações presentes nos autos (fato 1) foi de uma venda alegadamente superfaturada em R\$ 0,05 (cinco centavos) em uma duas notas fiscais. Contudo, se tratou de um erro contábil que, tão logo percebido, foi reparado com a devolução do montante pago a maior aos cofres públicos. Com o fito de comprovar este fato, requer-se seja oficiado à Prefeitura Municipal de Estrela D’Oeste para que forneça cópias dos documentos relacionados a esta transação, em especial do comprovante de depósito e das notas fiscais” (sic): nos exatos termos da manifestação ministerial de fl. 955, “a prova pretendida pode ser produzida pela própria defesa, mesmo porque um dos réus é o prefeito de Estrela D’Oeste e, assim, não teria dificuldade na obtenção dos referidos documentos. Logo, pode obtê-los diretamente sem necessidade do Judiciário”, razão pela qual “não há razão para a expedição de ofício para tanto”, restando, portanto, indeferido o pleito em questão, cumprindo aos próprios interessados a concretização de tal diligência.

2 - Ainda, segundo reportado pelo advogado de defesa, “Uma das principais testemunhas do feito não foi ouvida através do sistema de vídeo, mas pelo meio tradicional de transcrição a partir de ditados. Com efeito deste procedimento, o conteúdo de seu depoimento ficou demasiadamente prejudicado. Requer-se, assim, que se proceda a nova oitiva do Sr. JOSÉ ASSUMPTIÃO VALENTIM NETO, membro da comissão de licitações e de compras da Prefeitura Municipal de Estrela d’Oeste, que poderá ser encontrado na Rua Bahia, nº 639, Estrela D’Oeste”: também conforme consta do pronunciamento da Procuradoria Regional da República, “essa pretensão defensiva não comporta acolhimento”, “isso porque a defesa alega genericamente que o depoimento estaria ‘demasiadamente prejudicado’, sem apontar razões concretas pelas quais a oitiva pelo ‘meio tradicional de transcrição a partir de ditados’ teria comprometido a colheita da prova. Ademais, ressalte-se que, da leitura do termo de fls. 363, é possível verificar que a oitiva foi realizada regularmente, não havendo qualquer razão para se falar em ‘comprometimento’ de seu depoimento” (fl. 955, verso); com base em tais argumentos, incorporados como razões de decidir, cediço, outrossim, que o “registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual”, na dicção do § 1º acrescido pela Lei 11.719/2008 ao artigo 405 do Código de Processo Penal, “sempre que possível”, ou seja, desde que haja condições técnicas a tanto, sem insurgência propriamente da defesa quanto ao método adotado à ocasião da colheita da prova, fica indeferido o pedido de reoitiva da aludida testemunha.

3) Por fim, “requer-se seja deferida a juntada da transcrição dos depoimentos prestados em juízo, que será feito às expensas dos Acusados”: embora nada impeça a defesa de fazê-lo nos moldes aludidos, trata-se de providência da qual independe o prosseguimento do feito, porquanto, afinal “A mens legis do artigo 405 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/08, consiste em impor como regra o registro dos depoimentos por meios ou recursos de gravação, dentre os quais se declina o audiovisual, afastando-se a necessidade de sua transcrição” (STJ, RHC 47.283, 6ª Turma, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. em 4.12.2014), tendo-se promovido, de resto, o encaminhamento às partes de cópia de todo o material eletrônico encartado aos presentes autos contendo a gravação audiovisual dos depoimentos prestados pelas testemunhas e também dos interrogatórios.

Cumpra-se o disposto nos artigos 11, da Lei nº 8.038/90, e 214, caput, do Regimento Interno do Tribunal, intimando-se as partes, sucessivamente, a apresentarem, no prazo de 15 (quinze) dias, alegações escritas, encaminhando-se ao Ministério Público Federal e ao defensor dos acusados, nas respectivas oportunidades, o restante das cópias deste processado, preferencialmente em meio digital, expedindo-se o necessário.

Publique-se.

Alegações finais do Ministério Público Federal às fls. 961/967.

À acusação, “a mera burla da forma legal não é suficiente para a condenação pelo delito

em comento. Necessário haja a ocorrência também de fraude que implique superfaturamento ou outro resultado concreto contrário ou danoso ao interesse público”.

Afirma-se, de saída, que, “ainda que o administrador não observe as formalidades legais, somente o descumprimento que cause prejuízo (lesão) ao patrimônio público é passível de punição penal”, e que “esta é a interpretação atual e tranquila que a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal fazem do artigo 89 da Lei 8.666/93, conforme depreende-se dos debates travados no bojo do Inquérito 2.482, Rel. Min. Ayres Brito (publicado no DJe 17/02/2012)”.

Que, no caso das empresas Prontinho Indústria e Comércio Ltda. e Maria Cristina Fernandes de Matos Zoccal ME., “quanto às compras efetuadas sem a devida licitação, verifica-se que a prova dos autos indica a realização de prévia cotação de preços pelo telefone, denotando, ainda, que a finalidade das compras era realmente fornecer merenda às creches municipais. De outro lado, não há qualquer indicativo de efetivo superfaturamento nas compras ou mesmo de eventual desvio de recursos”.

Mais: “se não há elemento nos autos a indicar a ocorrência de prejuízo para a Administração Pública, não é possível a responsabilização criminal dos réus”, é, “neste ponto, de rigor a absolvição, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal”.

Aduz-se que, “quanto ao fornecimento, pela empresa Frigorífico Estrela D’Oeste Ltda., de salsichas à Prefeitura pelo valor unitário de R\$ 2,35, ao invés do R\$ 2,30, valor estabelecido no contrato decorrente da licitação, igualmente não se vislumbra a possibilidade de condenação”.

Que, “o valor unitário supera em apenas R\$ 0,05 (cinco centavos) aquele estabelecido no contrato, o que torna plausível a versão apresentada pelo Prefeito e pelo administrador do frigorífico, Pedro Candido Miranda, de que a diferença decorreu de mero erro de faturamento, não havendo como se concluir pela efetiva presença de dolo em suas condutas”, concluindo-se que, “neste ponto, igualmente devem ser absolvidos os réus, mas nos termos do inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal”.

Finalmente, quanto à autoria das condutas descritas no “Fato 1”, “consigna-se que as provas produzidas nos autos coloca em dúvida a efetiva prática ou participação dos denunciados nos fatos”, e que, “não há efetiva prova de que os réus conduziram o certame, mas apenas que o Prefeito autorizou a sua realização e as contratações, sem haver elementos concretos de que tinha ciência de que estas (contratações) e os pagamentos foram feitos a pessoas não vencedoras do certame, fato que também conduziria às respectivas absolvições”.

Já quanto as condutas descritas no “Fato 3” - aquisição de produtos alimentícios da empresa Plantão Econômico Supermercado Ltda. depois de expirado o contrato, sem prévia formalização de termo aditivo ou novo processo licitatório -, “visualiza-se que, realmente, as compras foram efetuadas sem licitação, em valor superior ao limite estabelecido no artigo 65, § 1º, da Lei 8.666/93”.

Contudo, “na linha da argumentação desenvolvida no tópico referente ao Fato 1, não há indicativo concreto de superfaturamento ou de qualquer desvio, sendo que a prova dos autos demonstra que as compras foram realizadas para suprir a necessidade de fornecimento de merenda às creches até o final do ano letivo”, concluindo-se que “devem os réus ser absolvidos da imputação referente ao Fato 3, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal”.

Consigna-se, por fim, que “a irrelevância penal dos fatos em tela não impede a respon-

sabilização dos envolvidos nas esferas administrativas e cível, até mesmo porque, como visto, apurou-se ocorrência de irregularidades formais apontadas na denúncia”.

Alegações finais de Pedro Itiro Koyanagi, José Jorge dos Santos e José Afonso Costa às fls. 972/979.

À defesa, “como muito bem destacado pela D.D. PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA em suas razões finais, a ação penal se mostra improcedente, pois não há provas concretas de que os Acusados tenham infringido os artigos 89 e 92 da Lei de Licitações no caso concreto”.

Afirma-se, de saída, que, “o que se viu nos autos não foi a intenção de lesionar o erário, desconsiderar a lei de licitações, dar vantagem indevida a concorrentes, etc., mas a simples preocupação com o fornecimento de merenda escolar no início e término do ano letivo”.

Que, “com relação ao primeiro fato, destaca-se que a aquisição foi precedida de consulta de preços informal, como atestaram as testemunhas, feita conforme orientação do jurídico da prefeitura, com vistas ao fornecimento dos gêneros necessários e suficientes àqueles poucos dias de aulas antes que as empresas licitadas iniciassem o fornecimento”.

Já quanto ao segundo fato, “a empresa vencedora da licitação continuou o fornecimento nos exatos valores da licitação, até o limite da dispensa (R\$ 8.000,00), também conforme orientação do setor jurídico da prefeitura municipal”.

Aduz-se que “todos estes fatos, como amiúde atestado nos autos, foram tratados diretamente entre o setor de compras e o jurídico, não passando pelos Acusados, que não foram consultados e nem chamados a opinar, intervir e sequer puderam impedir qualquer irregularidade”.

Reforça-se, ainda, que “era impossível se prever qualquer irregularidade, uma vez que era o próprio consultor jurídico da prefeitura municipal que instruíra a fazer a consulta de preços para as pequenas comprar de começo de ano e dar continuidade no contrato até o limite da dispensa de licitação no término”, promovendo, em relação a esse ponto, “a juntada da guia de recolhimento feita ainda no ano de 2005 pelo Frigoestrela, no valor de R\$2,52 (dois reais e cinquenta e dois centavos,), correspondente a erro no faturamento na compra de 41 kg de salsicha, tudo a demonstrar que os fatos tratados na presente ação penal são - se muito - meros equívocos exculpáveis para um pequeno município”.

Que, “na linha das alegações finais da D.D. Procuradoria Regional da República: não foram produzidas provas seguras de superfaturamento e lesão ao erário, sendo certo que o Parquet não requereu perícia; não se demonstrou o nexó pessoal entre os fatos imputados e os Acusados, não ficando clara quais suas responsabilidades (pelos cargos que exerciam) diante das licitações e prorrogações dos contratos”.

Mais: “não se cogitou qualquer desvio de bens, de forma que certamente os bens adquiridos foram consumidos pelas crianças nas escolas para fins de alimentação e eram imprescindíveis para permanência escolar. Tudo quanto exposto, diante da atual exegese que se faz dos artigos 89 e 92 da Lei de Licitações conduz à improcedência total da ação penal”.

Alega-se, também, que “o caso dos autos não se trata de responsabilização administrativa, mas de ação penal, cujos traços de conduta e vontade devem estar bem delineados, o que não se vê, na exata medida em que a denúncia retrata relatório da Controladoria Geral da União (CGU)”.

Que, “se a prefeitura dispunha de comissão de licitação e setor de compras (que fizeram as compras objetos de averiguação mediante orientação jurídica do advogado da Prefeitura),

não é lícito responsabilizar criminalmente o prefeito, tesoureiro e assessor de planejamento, pelos simples fato de serem eles que assinam as notas de empenho”.

Argumenta-se, outrossim, que “a questão principal (dispensa indevida de licitação ou prorrogação de contratação) antecede aos pagamentos, ou seja, quando apresentada a questão ao prefeito (Acusado Pedro Itiro) e tesoureiro (Acusado José Jorge dos Santos), não restava outra opção senão autorizar e realizar o pagamento, uma vez que a merenda já fora consumida, sem qualquer prova de dolo”.

Que, quanto ao acusado José Afonso Costa, “o documento de fl. 86 não atesta nada sobre sua eventual responsabilidade nos fatos supostamente delituosos, especialmente por se tratar de uma simples relação do que fora comprado” sendo que “neste documento não se menciona se foi ele que autorizou a compra, solicitou entrega dos gêneros alimentícios nas escolas, autorizou pagamento, etc., não havendo provas de dolo - também - por sua parte”.

Requer-se, ao final, “a absolvição dos Acusados por manifesta atipicidade dos fatos ou com fundamento no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal”.

Facultado às partes “requererem o que considerarem conveniente apresentar na sessão de julgamento” (fl. 981), nada solicitou o Ministério Público Federal (fl. 983), ao passo que a defesa de Pedro Itiro Koyanagi, José Jorge dos Santos e José Afonso Costa pleiteou “a realização de sustentação oral pelo tempo regimental” (fl. 985).

É o relatório.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora):

Ação penal pública em que são réus Pedro Itiro Koyanagi, José Jorge dos Santos e José Afonso Costa, acusados, os dois primeiros, de adquirirem gêneros alimentícios, destinados à merenda escolar, no ano de 2004, de empresas vencedora e não vencedoras de processo licitatório (modalidade convite), com pagamento de preço superior ao estabelecido no certame para os produtos, ausente apresentação da dispensa de licitação devidamente formalizada e respectivos documentos comprobatórios de despesa quando da aquisição dos produtos (“Fato 1”); e os três, ainda, de efetuar gastos com a merenda escolar em importância superior a 25% do valor total do contrato depois de encerrado, também em 2004, sem formalização de termo aditivo ou novo processo licitatório (“Fato 3”), práticas delitivas assim descritas nos artigos 89 e 92 da Lei nº 8.666/93:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observando o disposto no art. 121 desta Lei: (redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa. (redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

À vista da condição de ser o corréu Pedro Itiro Koyanagi Prefeito Municipal de Estrela d'Oeste/SP a partir de 2013, passou a ser deste Tribunal a competência para o processamento e julgamento do processo-crime, nos exatos termos do artigo 29, inciso X, da Constituição Federal, referendado pela Súmula 702 do Supremo Tribunal Federal.

A denúncia encontra-se amparada na Peça Informativa nº 1.34.030.000211/2009-06, originária dos autos do Procedimento Administrativo de Tutela Coletiva nº 1.34.030.000019/2005-88, extraída para apuração de eventuais irregularidades e desvios de verbas oriundas do Ministério da Educação no município de Estrela d'Oeste/SP (fls. 8/80).

Destacam-se trechos do Relatório de Fiscalização nº 393, elaborado pela Secretaria Federal de Controle Interno da Controladoria-Geral da União, que referem os fatos aqui apurados (fls. 12/14):

1.1) Aquisição de produtos de empresas não vencedoras do Convite, com pagamento do valor unitário superior ao estabelecido na licitação.

Fato:

Constatamos que foram adquiridos gêneros alimentícios, relacionados a seguir, destinados à merenda escolar, das empresas “Prontinho Indústria e Comércio Ltda.” (Nota de Empenho 2004/665/666/1) e “Maria Cristina Fernandes de Matos Zoccal ME” (Nota de Empenho 2004/920/1), por meio dos cheques nºs 8500044 e 850045 (nos valores de R\$ 132,60 e R\$661,50), respectivamente. Ressaltamos que as mesmas empresas referenciadas não foram vencedoras do processo de licitação Convite nº 004/SL/2004 e que seus produtos fornecidos foram pagos com o preço unitário superior ao da licitação:

Descrição dos produtos	Unid.	Qtde	Vl. unit. (R\$)	V.total (R\$)
Macarrão tipo retalho Macarrão a granel (marca SELMI)	kg	30	2,02 1,45 (*)	60,60
Suco em pó vários sabores Suco estrato (sic) fruta (uva e abacaxi) pó	kg	20	3,60 2,98 (*)	72,00
Carne moída Carne acém moída	kg	135	4,90 3,80 (*)	661,50

(*) Preços unitários cotados na licitação.

Constatamos ainda, que a empresa Frigorífico Estrela D'Oeste Ltda., vencedora do item 16 (Salsicha), cotado por R\$ 2,30, forneceu o produto à Prefeitura Municipal pelo valor unitário de R\$ 2,35, conforme Notas Fiscais nºs 223934 e 231341, no valor total de R\$ 178,60.

Evidências:

Processo 005/SL/2005 (Convite 004/SL/2004).

Processos de Pagamento de Empenho (000104/008 e 000106/009).

Extratos bancários.

Notas Fiscais nºs 003134 e 223934.

Registro fotográfico de empresa não vencedora de licitação.

(...)

Manifestação do Prefeito:

“As aquisições focalizadas no item tiveram abertura de processo e ordem de empenho com as seguintes datas:

- Prontinho Indústria e Comércio Ltda.: Notas de Empenho nºs 665 e 666, datadas de 06/02/2004 (NF nº 3134, de 13/02/2004 [sic]);

- Maria Cristina Fernandes de Matos Zoccal ME: Nota de Empenho nº 920, datada de

02/03/2004 (NF nº 984, de 02/03/2004);

- Frigorífico Estrela d'Oeste Ltda.: Nota de Empenho nº 667, datada de 06/02/2004 (NF nº 223934, de 13/02/2004).

O procedimento de licitação Convite nº 004/SL/2004 foi iniciado em 05/02/2004 e homologado em 02/03/2004, data também do respectivo contrato.

Dessa forma, como se demonstrou, foram aquisições comprometidas e realizadas antes da consumação da licitação, sendo uma delas (de Maria Cristina Fernandes de Matos Zoccal ME) realizada no mesmo dia da finalização do processo licitatório, evidentemente antes do momento dessa conclusão.

O fornecimento feito pela empresa Frigorífico Estrela d'Oeste Ltda., já na condição de vencedora, item 16 (salsicha), objeto da Nota de Liquidação 02, datada de 16/03/2004, corresponde à NF nº 231341, de 12/03/2004, efetivamente não registrou o valor compromissado no certame e respectivo contrato, que é de R\$ 2,30 p/kg, consignando ali o valor de R\$ 2,35 p/kg. A diferença a maior totalizando R\$ 2,05 (dois reais e cinco centavos) será comunicada ao fornecedor, objetivando sua reposição aos cofres municipais, com posterior comunicação a essa CGU”.

Análise da Equipe:

As aquisições não foram realizadas em conformidade com a Lei 8.666/93, ou seja, a Prefeitura Municipal não apresentou processo de dispensa de licitação devidamente formalizado e respectivos documentos comprobatórios de despesa. Assim sendo, não acatamos a justificativa. (...)

1.5) Gastos realizados com a merenda escolar sem formalização de Termo Aditivo ou processo licitatório.

Fato:

Constatamos que embora esteja encerrado Contrato Nº 007/SL72004, firmado com a empresa “Plantão Econômico Supermercado Ltda.” para aquisição de produtos para merenda escolar, a Prefeitura Municipal permanece adquirindo os produtos da mesma empresa, nas mesmas condições de preços e prazos, constantes do contrato ora expirado, sem a devida formalização de Termo Aditivo ou processo de licitação. Estas aquisições estão em desacordo com o disposto no § 1º do artigo 65 da Lei 8.666/93, visto que as aquisições realizadas, até a presente data, somaram R\$ 7.918,50 ultrapassando o limite de até 25% do valor total do contrato (R\$ 24.470,50).

Evidências:

Declaração do responsável pelo Setor de Compras da Prefeitura Municipal.

Extratos bancários.

Notas Fiscais.

Manifestação do Prefeito:

“O apontamento procede, como se apurou no levantamento dessa situação. O assunto foi passado à esfera da Assessoria Jurídica Municipal para análise e providências que se tornarem necessárias.

Os resultados das medidas tomadas serão comunicados a essa Controladoria”.

Análise da Equipe:

Justificativa não acatada, visto que a Prefeitura Municipal reconhece que o apontamento é procedente e as providências ainda serão tomadas.

À ocasião em que oferecida e recebida a inicial acusatória, eventual tese defensiva substanciada na ausência, quanto à figura do *caput* do artigo 89 da Lei de Licitações, de dolo específico e inexistência de dano ao erário na conduta objeto da denúncia, não encontrava amparo em boa parte da doutrina, muito menos na jurisprudência desta Corte, ante a compreensão de se estar diante de tipo penal que se consuma simplesmente “com o mero ato de dispensa ou inexigibilidade, independentemente de prejuízo para a administração (STJ, REsp.

991880/RS, Fischer, 5ª T., u., 28.2.08; STJ, HC 94720/PE, Fischer, 5ª T., u., 19.6.08; STJ, REsp. 113.067/PE, Og Fernandes, DJ 10.11.08; STJ, REsp. 1073676, Napoleão Maia, 5ª T., u., 23.2.2010) cuidando-se de crime formal (TRF1, HC 20070100038890-7/DF, Ítalo Mendes, 4ª T., u., 11.3.08) ou de mera conduta (STJ, REsp. 201000499314, Dipp, 5ª T., u., 9.11.10) e de perigo abstrato (TRF4, AC 20017000022836-4/PR, Élcio Pinheiro de Castro, 8ª T., u., 24.3.04)” (José Paulo Baltazar Junior, Crimes Federais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 8ª Edição, revista, atualizada e ampliada, 2012, p. 607).

Dispensado o dolo específico - “O tipo subjetivo deste crime estará preenchido com a simples presença do dolo, não havendo a necessidade de demonstração de qualquer finalidade específica na conduta do agente” (André Guilherme Tavares de Freitas, Crimes na Lei de Licitações. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 81) -, exige-se como elemento subjetivo do injusto, tomando-se as anotações de Rui Stoco em obra coordenada com Alberto Silva Franco (Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial, vol. 2, RT, 7ª edição, p. 2.559), tão-somente “o dolo genérico, que consiste na vontade conscientemente dirigida à dispensa e não exigência de licitação, ou à inobservância das formalidades exigidas para a sua realização”, “posto não reclamar a norma que o sujeito ativo tenha um objetivo específico para o seu patrocínio, como obter vantagem pecuniária ou funcional, que a licitação se conclua ou que esta ou aquela empresa seja vencedora no certame”.

Mais: “Não é necessário dizer que não haverá crime sem dolo, isto é, sem a vontade livre e consciente de praticar a ação contrária à lei penal, não desaparecendo pelo fim ou objetivo do agente”.

Na produção das turmas então responsáveis pela matéria penal neste Tribunal, encontram-se precedentes versando sobre tais questões em situações que englobavam o preceito ora debatido, assim resumidos os julgados, destacando-se:

EMENTA

PROCESSO PENAL - *HABEAS CORPUS* INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE RECEBEU DENÚNCIA IMPUTANDO AOS PACIENTES A SUPOSTA PRÁTICA DE CRIMES DEFINIDOS NA LEI DAS LICITAÇÕES - ALEGADA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL, INCLUSIVE POR INÉPCIA DA DENÚNCIA - ORDEM DENEGADA.

1. Sendo de índole constitucional o poder-dever do Ministério Público de promover a persecução penal, o trancamento da ação penal pela via de *Habeas Corpus* deve ser medida de exceção, ainda mais quando a denúncia atende os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal e não é visível, de plano, atipicidade da conduta imputada, causa extintiva de punibilidade do denunciado ou sequer a ausência de indícios de autoria.
2. Decisão monocrática de relator de agravo de instrumento - sequer submetida à Turma julgadora - e manifestação da Advocacia Geral da União, favoráveis aos interesses dos denunciados, ambas produzidas na instância cível, não se prestam para interferir na persecução penal.
3. A técnica redacional adotada na denúncia, de repetir trechos de outras manifestações ministeriais, não deslustra a peça acusatória porque permite a inteligência dos fatos e não prejudica a defesa dos pacientes, ainda mais que houve instauração de inquérito policial para apurar aqueles fatos.
4. Para a oferta de denúncia exige-se apenas carga indiciária e não prova inequívoca, já que essa deve ser produzida sob o crivo do contraditório na instrução criminal.
5. Especificamente no que toca a alegada inexigibilidade de licitação no caso referido na denúncia, em sede de *Habeas Corpus* de jeito nenhum essa situação pode ser tratada, primeiro porque seria necessária ampla inflexão sobre matéria de solução controvertida já que os casos de dispensa e inexigibilidade exigem a exegese dos artigos 17, 24 e 25 da Lei nº 8.666/93 à luz do caso concreto ocorrido no tocante a cessão dos terrenos do Valongo, na margem direita do

estuário do Porto de Santos; em segundo lugar, porque no que tange a concessão ou permissão de serviço público (no conceito lato, é claro) a Constituição Federal sempre exige prévia licitação (artigo 175).

6. *Quanto à ocorrência de prejuízo, por ora basta considerar que o desprezo pelo procedimento licitatório induz juris tantum a ocorrência de lesão ao interesse público, já que em tema de licitação o prejuízo não se reduz ao âmbito patrimonial.*

7. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Desembargadores Federais da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, à unanimidade, em denegar a ordem, nos termos do relatório e voto do Sr. Desembargador Federal Relator que fazem parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 05 de junho de 2007.

(*Habeas Corpus* 2007.03.00.025399-0, rel. Desembargador Federal Johansom di Salvo, DJU de 17.7.2007)

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. CRIMES DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS. ART 1º, III E IV, DO DECRETO-LEI 201/67. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS VINCULADAS A CONVÊNIO COM A UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA COM BASE NA PENA CONCRETA. CRIMES DA LEI DE LICITAÇÕES. ART. 89 DA LEI 8.666/93. DISPENSA DE LICITAÇÃO EM DESCONFORMIDADE COM AS HIPÓTESES LEGAIS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO CONFIGURADO. PENAS DE MULTA E RESTRITIVAS DE DIREITOS MANTIDAS. ADEQUAÇÃO ÀS NORMAS DO CÓDIGO PENAL E DA LEI 8.666/93.

1. Com o trânsito em julgado da sentença condenatória para o Ministério Público Federal (fl. 997), o prazo prescricional em relação ao crime previsto no art. 1º, III e IV, do Decreto-Lei 201/67, passou a se regular pela pena concreta ali aplicada (3 meses de detenção), correspondendo a 2 (dois) anos de reclusão, nos termos do art. 109, VI, do CP, na redação anterior à vigência da Lei nº 12.234/10, o qual se consumou entre a data dos fatos e do recebimento da denúncia.

2. Em se tratando de imputação de desvio de verbas públicas oriundas de convênio celebrado entre a União e o Município de Corumbá/MS, no qual se determinou a vinculação dos recursos a programa de combate à desnutrição com o seu depósito em conta exclusivamente aberta para esta finalidade, bem como sujeitando a municipalidade ao dever de prestar contas ao ente público federal, constata-se que, em tese, as condutas perpetradas provocaram lesão a bens da União, amoldando-se à regra de competência instituída pelo inciso IV do art. 109 da Constituição Federal, exercendo vis atractiva sobre os crimes conexos. Súmula nº 208 do STJ.

3. O Ministério Público é instituição una e indivisível, consoante declara a Carta Magna no §1º do art. 127, não há sentido em se exigir a ratificação do órgão oficiante em primeiro grau para a convalidação da exordial acusatória e dos atos posteriores. Precedente do STF.

4. Outrossim, observa-se que a Procuradoria da República no Município de Corumbá/MS ratificou a peça acusatória em sede de alegações finais, ao requerer a condenação dos réus “nos termos da denúncia”.

5. Não subsistem dúvidas quanto à tipificação dos fatos imputados na infração penal supra descrita. Em que pesem os esforços dos apelantes em desclassificá-los para o crime previsto no art. 1º, inciso XI, do Decreto-Lei 201/67, é certo que a questão já foi pacificada em precedente do Pretório Excelso (STF, AP-AgR 493, rel. Min. Ellen Gracie, DJ. 25/03/2010).

6. A materialidade e a autoria do delito supra mencionado restaram sobejamente demonstradas, nos termos consignados na sentença condenatória.

7. *Para a consumação do delito do art. 89 da Lei 8.666/93, basta a prática de ato do gestor público que excepcione o dever de licitar em desconformidade com as hipóteses elencadas nos*

arts. 24 e 25 deste diploma legal, consciente dessa circunstância, prescindindo de demonstração de prejuízo à Administração Pública.

8. Além da sanção pecuniária de 2% do valor do contrato celebrado irregularmente haver sido aplicada no patamar mínimo previsto no art. 99 da Lei 8.666/93, os recorrentes não carrearão aos autos qualquer prova da impossibilidade financeira de arcar com a reprimenda imposta, não merecendo prosperar o pedido de redução.

9. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso dos réus, apenas para julgar extinta a punibilidade de ambos pelo delito previsto no art. 1º, III e IV, do Decreto-Lei 201/67, com fundamento no art. 107, IV, c.c. art. 109, VI, e art. 110, §1º, todos do Código Penal, restando mantida a condenação pelo crime do art. 89 da Lei 8.666/93, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2013.

(Apelação Criminal 1999.60.00.006625-0, rel. Desembargador Federal Cotrim Guimarães, Diário Eletrônico de 8.3.2013)

EMENTA

PENAL - ARTS. 89 E 92 DA LEI Nº 8.666/93 - LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI OU NÃO OBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE - MODIFICAÇÕES E PRORROGAÇÕES CONTRATUAIS POR MEIO DE ADITIVOS - DOLO ESPECÍFICO E DANO AO ERÁRIO - PRESCINDIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO - CRIMES DE MERA CONDUTA - CONSUMAÇÃO INDEPENDENTEMENTE DO RESULTADO NATURALÍSTICO - PROVIMENTO DO RECURSO - REMESSA DOS AUTOS À INSTÂNCIA DE ORIGEM - PROSSEGUIMENTO DO FEITO.

1. Há dissenso doutrinário e jurisprudencial sobre a necessidade de comprovação de dolo específico ou dano ao erário para a *configuração das condutas tipificadas nos arts. 89 e 92 da Lei nº 8.666/93*.

2. *Há silêncio do legislador, quanto ao prejuízo ao erário e ao dolo específico.*

3. *Diante dos princípios constitucionais e os que norteiam a Administração Pública, conclui-se pela desnecessidade de comprovação de dolo específico ou de dano, tratando-se de delitos de mera conduta.*

4. Provimento do recurso, para determinar a remessa dos autos à instância de origem para prosseguimento do feito.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Federal, para determinar o retorno dos autos à instância de origem, para prosseguimento do feito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de fevereiro de 2012.

(Apelação Criminal 2008.61.05.001863-2, rel. Desembargador Federal Luiz Stefanini, Diário Eletrônico de 2.3.2012)

Registrado a esse propósito, ainda, em monografia específica a respeito do tema (Paulo José da Costa Jr., *Direito Penal das Licitações: comentários aos arts. 89 a 99 da Lei nº 8.666, de 21-6-1993*. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2004, p. 20-21), que o dolo esgota-se na “vontade consciente e livre do agente público de dispensar ou de não exigir a licitação, ou a vontade de não cumprir o procedimento formal referente à dispensa ou à inexigibilidade, inteirado da ili-

cidade da omissão”, haveria indicativos suficientes, no que diz respeito às aquisições realizadas com as empresas Prontinho Indústria e Comércio Ltda. e Maria Cristina Fernandes de Matos Zoccal ME., da ocorrência do delito, estampada a materialidade, à toda evidência, nas cópias das Notas de Empenho n^os 2004/665/666/1 e 2004/920/1 (fls. 39/40 e 41), das Notas Fiscais n^os 003134 e 223934 (fls. 40/41) e do extrato da conta corrente da Prefeitura Municipal de Estrela d’Oeste, que mostra a compensação dos cheques n^os 850044 e 850045 (fl. 37).

O termo das declarações da testemunha José Assumpção Valentim Neto, funcionário público da Prefeitura Municipal de Estrela d’Oeste, acabou corroborando a aquisição de gêneros alimentícios sem a realização de processo de dispensa ou inexigibilidade de licitação (fl. 363):

“É funcionário público da Prefeitura Municipal de Estrela d’Oeste e trabalha no setor de licitações. No segundo semestre de 2004 a Prefeitura sofreu uma auditoria da Controladoria Geral da União e algumas irregularidades foram levantadas. Houve um apontamento de compra sem licitação para a área da Educação, o que ocorreu porque o processo de licitação estava em curso e os produtos eram necessários em virtude do início do ano letivo.” Às perguntas da Defesa dos réus Pedro e José Afonso, respondeu: “Atualmente o depoente trabalha no setor de licitação. É vereador e presidente da Câmara Municipal local. Os produtos adquiridos sem licitação foram sucos, macarrão e carnes. Foi feita uma cotação de preços seguindo orientação do departamento jurídico. Não foi formalizado processo de dispensa de licitação. O responsável pelo setor de compras era José Afonso Costa e pelo setor jurídico era Péricles Jurandir de Lima. José Afonso era auxiliado por outros servidores. O prefeito à época e o secretário não intervieram no processo de compras, apenas autorizando a adoção de medidas cabíveis. As notas de empenho eram emitidas pelo setor de compras em conjunto com o departamento de contabilidade. O tesoureiro não tinha poderes para vetar qualquer pagamento. O processo de licitação deflagrado atenderia todas as unidades da cidade. (...)”

Os depoimentos de outras testemunhas confirmaram a ocorrência dos fatos, conforme se destaca:

- Sérgio Bertaci (fl. 364): “É funcionário público da Prefeitura Municipal de Estrela d’Oeste e na época dos fatos trabalhava no departamento de compras da Prefeitura. Em 2004 teve um período, cerca de duas semanas, que a Prefeitura adquiriu produtos para a merenda escolar sem processo Licitatório. A licitação estava em andamento nesta época e os itens eram necessários. As compras foram autorizadas pelo departamento jurídico.” Às perguntas da Defesa dos réus Pedro e José Afonso, respondeu: “As compras foram precedidas de cotação. (...)”

- João Edis Míoto (fl. 367): “É sócio proprietário do Supermercado Estrela Ltda. Nada sabe sobre os fatos narrados na denúncia. Em 2004 a Prefeitura comprou gêneros alimentícios no estabelecimento do depoente. As compras eram precedidas de cotações de preço por telefone. Não se recorda das operações.” Às perguntas da Defesa dos réus Pedro e José Afonso, respondeu: “Em 2004 participou de uma licitação para fornecer produtos para a merenda escolar. Sagrou-se vencedor em relação a alguns produtos.”

- Camila Fernanda Santos Fernandes Sanches, empresária (fls. 441/444): “A: (...) Pedro Itiro, ex-prefeito de Estrela D’Oeste e mais outro cidadão estão sendo acusados de desvio de dinheiro, uma vez que não houve licitação e mesmo assim houve a compra de objetos. O que a senhora sabe disso, a Senhora fornecia produtos lá, eles praticavam essas coisas?

D: Sim, a gente sempre forneceu e há casos que tem licitação e casos sem licitação, mas noventa e nove por cento é com licitação, que acontece de não ter e compra, emergencial ou uma coisa, outra.

A: A senhora quer dizer assim se fosse esperar até a licitação nem teria a necessidade, se for aguardar passa a necessidade?

D: É, pode acontecer isso ou não pode esperar homologar a licitação, que começou as aulas e precisa fornecer alguma coisa na merenda, é caso de urgência do objeto.

(...)

P: A senhora trabalhou no frigorífico Estrela D'Oeste?

D: Não, a nossa empresa é daqui de Fernandópolis.

P: Qual empresa?

D: Prontinho Indústria e Comércio Limitada.”

- Geraldo Aparecido do Livramento, professor (mídia de fl. 776): “A: O senhor já trabalhou em alguma das Administrações do Dr. Pedro Itiro?

D: Trabalhei na Prefeitura de Estrela d'Oeste aproximadamente a uns 12 ou 15 anos atrás, não me recordo a data. [depoimento realizado no dia 11.6.14]

A: Quais os serviços que eram prestados?

D: Eu prestava o serviço de assessoria jurídica.

A: Na época que o senhor prestou serviços na Prefeitura, quando havia necessidade de realizar processos licitatórios, esses processos eram sempre realizados?

D: Esses processos eram sempre realizados. Tinha Comissão de Licitação própria e devo dizer que o Prefeito não participava desses certames, das reuniões e das decisões da Comissão.

A: Em alguma oportunidade, ele [Pedro] chegou a interferir em algum processo de licitação ou até mesmo compras feitas pela Administração?

D: Não, pelo menos no período em que eu trabalhei nunca houve qualquer... qualquer interposição ou qualquer posição assumida pelo Prefeito.

A: O Dr. Pedro costumava se orientar junto com a Assessoria Jurídica e seguir os conselhos e os próprios pareceres da Assessoria?

D: Sim, ele tinha... ele tinha por princípio seguir as orientações e os pareceres do Jurídico.

A: O senhor sabe, o senhor tem conhecimento de quantas vezes ele [Pedro] já foi prefeito do Município de Estrela d'Oeste?

D: Me parece que foi três ou quatro vezes.

(...)

P: Nesse período, então, todas as licitações ele [Pedro] não se preocupava com nenhuma, todas ele deixava a cargo de terceiros?

D: Ele não participava, existia a Comissão de Licitação e ele não interferia diretamente.

P: Ele interferia de que forma?

D: Não, ele não interferia. Ele apenas homologava depois, ou adjudicava o certame.

P: Mesmos nessas três gestões aqui, ele tinha esse comportamento de não se responsabilizar diretamente pela...?

D: ... Eu estou dizendo na época em que eu trabalhei, né?! Então...

P: Foi no terceiro mandato dele?

D: Não sei se é o terceiro ou quarto mandato... Não sei direito. Sei que ele foi prefeito várias vezes.

P: Então ele deixava tudo a cargo mesmo da...

D: ...da Comissão de Licitação. Sim, ele não interferia.

P: Ele não fazia nenhuma análise desses documentos, nem de pertinência, nada, para homologar?

D: Ele deixava a cargo da Comissão de Licitação e do parecer da Assessoria [Jurídica], as quais tinham essa responsabilidade.”

Do mesmo modo, a aquisição realizada junto ao Frigorífico Estrela d'Oeste Ltda., vencedor do item 16 (Salsicha), cotado por R\$ 2,30, porém fornecido o produto à Prefeitura Municipal pelo valor unitário de R\$ 2,35, conforme Nota Fiscal nº 231341, circunstância apontada na

Peça Informativa nº 1.34.030.000211/2009-06, já mencionada, e reconhecida nas declarações de Pedro Cândido Miranda, testemunha de defesa, que confirmou que a empresa Frigorífico Estrela d'Oeste Ltda. forneceu salsicha para a Prefeitura Municipal de Estrela d'Oeste por valor superior ao preço cotado na licitação, sem mencionar, contudo, que essa diferença era de apenas de R\$ 0,05 (cinco centavos) por quilo da salsicha, em uma única compra.

Confira-se, a propósito (fl. 368):

“Na época dos fatos era administrador do Frigoestrela S/A. Em 2004 fornecia produtos para a Prefeitura. As compras eram sempre precedidas de processo licitatório. Não sabe de detalhes dos processos de compra porque era administrador geral do frigorífico.” Às perguntas da Defesa dos réus Pedro e José Afonso, respondeu: “Naquela época houve erro de faturamento que implicou em devolução de valores à Prefeitura.”

O próprio réu Pedro Itiro Koyanagi admitiu a realização da compra de salsichas pelo valor unitário de R\$ 2,35 (mídia de fl. 889):

J: ... Em relação à contratação da empresa..., que vendeu, aliás, ela ganhou a licitação por um item, só que vendeu por preço superior ao licitado? Empresa Frigorífico Estrela. O senhor se recorda desse fato?

R: Eu me recordo. “O que que” aconteceu: já tinha sido entregue vários produtos dessa empresa, e quando houve o processo de fiscalização da CGU, descobriu-se que tinha, que “tava” sendo cobrado um valor muito pequenininho acima daquilo que “tava” no processo licitatório. Isso foi... descobriu porque aconteceu isso... depois a gente ficou sabendo. O menino que trabalhava nessa empresa, que fazia o faturamento desse processo em relação à Prefeitura, ele tinha entrado de férias ou ele tinha saído da empresa e o menino que substituiu ele não acompanhou aquilo que “tava” previsto no processo licitatório. “O que que” aconteceu: eram valores tão pequenininho que deu dois reais e pouco de diferença em relação àquilo que “tava” dentro do processo licitatório. Quando fez tudo isso, o departamento jurídico acionou a empresa e a própria empresa ressarciu a Prefeitura desses dois reais e pouquinho, não sei quantos centavos a mais...

Nada obstante, tomando-se em consideração a mudança de compreensão acerca do tema nos Tribunais Superiores, retratada em decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal nos Inquéritos 2.482/MG (rel. Ministro Ayres Britto, j. em 15.9.2011, maioria de votos, red. p/ acórdão Ministro Luiz Fux, DJe de 17.2.2012) e 2.616/SP (rel. Ministro Dias Toffoli, j. em 29.5.2014, maioria de votos, DJe de 29.8.2014) e da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça na Ação Penal 480/MG (rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. em 29.3.2012, maioria de votos, red. p/ acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, DJe de 15.6.2012), passando-se a entender que “para a tipificação do crime previsto no artigo 89, da Lei nº 8.666/1993, é necessária a comprovação do dolo específico de causar dano ao erário e a caracterização do efetivo prejuízo à Administração Pública, não sendo suficiente apenas a vontade de desobedecer às normas legais do procedimento licitatório” (STJ, 5ª Turma, AGREsp 1.199.871, rel. Ministra Regina Helena Costa, DJe de 14.5.2014), sobra reconhecer que a denúncia aqui oferecida encontra-se desalinhada com essa nova posição.

Confira-se, a propósito, jurisprudência recente sobre o tema:

ACÇÃO PENAL. EX-PREFEITO MUNICIPAL. ATUAL DEPUTADO FEDERAL. DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO (ART. 89, CAPUT, DA LEI Nº 8.666/93). DOLO. AUSÊNCIA. ATIPICIDADE. ACÇÃO PENAL IMPROCEDENTE.

1. A questão submetida ao presente julgamento diz respeito à existência de substrato probatório mínimo que autorize a deflagração da ação penal contra os denunciados, levando-se em consideração o preenchimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não incidindo qualquer uma das hipóteses do art. 395 do mesmo diploma legal.
2. As imputações feitas na denúncia aos ora denunciados foram de, na condição de prefeito municipal e de secretária de economia e finanças do município, haverem acolhido indevidamente a inexigibilidade de procedimento licitatório para a contratação de serviços em favor da Prefeitura Municipal de Santos/SP.
3. Não se verifica a existência de indícios de vontade livre e conscientemente dirigida por parte dos denunciados de superarem a necessidade de realização da licitação. Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação.
4. *A incidência da norma que se extrai do art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93 depende da presença de um claro elemento subjetivo do agente político: a vontade livre e consciente (dolo) de lesar o Erário, pois é assim que se garante a necessária distinção entre atos próprios do cotidiano políticoadministrativo e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais.* A ausência de indícios da presença do dolo específico do delito, com o reconhecimento de atipicidade da conduta dos agentes denunciados, já foi reconhecida pela Suprema Corte (Inq. nº 2.646/RN, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 7/5/10). (grifo nosso)
5. Denúncia rejeitada. Ação penal julgada improcedente. (STF, Inq 2616-SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, j. 29.05.2014, DJe-167 Divulg 28-08-2014 Public 29-08-2014)

ACÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DESEMBARGADOR DE CORTE TRABALHISTA. EXERCÍCIO DA PRESIDÊNCIA QUANDO DOS FATOS CRIMINOSOS. DENÚNCIA POR SUPOSTA INFRAÇÃO AOS ARTS. 89, CAPUT E 90 DA LEI DAS LICITAÇÕES E AO ART. 359-D DO CÓDIGO PENAL. FALTA DE DESCRIÇÃO ESPECÍFICA DAS CONDUTAS E NÃO DEMONSTRAÇÃO DO DOLO DIRETO COM RELAÇÃO AO PRIMEIRO DELITO (ART. 89, CAPUT, DA LEI Nº 8.666/93). AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS ELEMENTOS DA FIGURA TÍPICA REFERENTE AO ART. 90 DA LEGISLAÇÃO ESPECIAL. INFRAÇÃO DE ORDENAÇÃO DE DESPESA NÃO AUTORIZADA POR LEI. ACUSATÓRIA QUE NÃO APONTA O IMPEDIMENTO PARA O DISPÊNDIO DE RECURSOS PÚBLICOS. INVIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA. PEÇA DE ACUSAÇÃO QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. REJEIÇÃO QUE SE IMPÕE.

1. A denúncia, peça que uma vez recebida dá início à ação penal, tem seus pressupostos estabelecidos no art. 41 do Código de Processo Penal.
2. A formulação de qualquer acusação deve permitir ao denunciado o exercício da ampla defesa, de modo que imputações vagas, que podem viabilizar uma persecução criminal injusta, revelam ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.
3. É entendimento desta Corte Superior, como também do Supremo Tribunal Federal, que em sede do crime previsto no art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93, *existe a necessidade de demonstrar a vontade livre e consciente dirigida para não realização do certame licitatório, pois o tipo penal prescreve a intenção de contratar sem o concurso, bem como deve ser revelada a vontade de trazer prejuízo aos cofres públicos em razão da aludida dispensa dita indevida.* (grifo nosso)
4. Na espécie, o *Parquet* Federal não logrou êxito em demonstrar tais situações, anotando-se que apenas descreve que o denunciado, como presidente do TRT da 17ª Região à época, expediu atos de dispensa de licitação, cujos certames foram acoimados de ilegais.
5. Para ser válida a peça de acusação com relação ao art. 90 da Lei das Licitações, mostra-se imperativo dissertar sobre todos os elementos da figura típica, indicando quem praticou o núcleo do tipo (frustrar ou fraudar), os meios empregados (ajuste, combinação ou qualquer outro expediente) e o especial fim de agir (obter para si ou para outrem vantagem decorrente

da adjudicação do objeto da licitação), e ainda há que se demonstrar o vínculo da conduta do denunciado com seu interesse volitivo, bem como de que maneira, em que lugar, quando e com quem teria ajustado, combinado ou se associado para a consecução de seu objetivo.

6. Descrevendo a peça de acusação que o denunciado tão somente homologou os processos licitatórios, assinando ainda um dos respectivos contratos, tem-se como não atendida a exigência supracitada, sequer podendo-se inferir se, ao menos, que tinha conhecimento das fraudes nos atos administrativos noticiados.

7. O tipo descrito no art. 359-D do Código Penal caracteriza-se como norma penal em branco, necessitando de lei que estabeleça as despesas não autorizadas.

8. Não obstante o Ministério Público Federal fazer correlação entre a despesa não autorizada e aquela decorrente de procedimento de licitação viciado, deixou de indicar o impedimento legal para o dispêndio de recursos públicos, o que prejudica a acusação neste particular.

9. Denúncia rejeitada, por inépcia, visto não preencher os requisitos do art. 41 do CPP. (STJ, APn 594-ES, Processo 2006/0126007-9, Rel. Min. Jorge Mussi, Corte Especial, j. 04.11.2015, DJe 18.11.2015)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/1993. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. DOLO ESPECÍFICO. EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA NARRADA NA DENÚNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. Como cediço, a jurisprudência desta Corte Superior acompanha o entendimento do Pleno do Supremo Tribunal Federal (Inq. nº 2.482/MG, julgado em 15/9/2011), no sentido de que a consumação do crime do art. 89 da Lei nº 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico, ou seja, a intenção de causar dano ao erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos, malgrado ausência de disposições legais acerca dessa elementar. Precedentes. (grifo nosso)

2. O *dominus litis*, contrariando entendimento jurisprudencial consolidado, não descreveu adequadamente o dolo específico do prefeito em causar prejuízo à Administração Pública, bem como a sua efetiva ocorrência. Por conseguinte, diante da ausência dos elementos novos exigidos jurisprudencialmente, de rigor é o trancamento do processo penal por patente atipicidade formal da conduta narrada, ressalvando-se a possibilidade de nova denúncia, caso sejam minimamente demonstrados os novos fatos, pertinentes às elementares faltantes.

3. Recurso ordinário provido.

(STJ, RHC 35598, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. em 5.4.2016)

RECURSO ORDINÁRIO. *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. DENÚNCIA. DISPENSA DE LICITAÇÃO (ART. 89 DA LEI Nº 8.666/1993).

1. O tipo descrito no art. 89 da Lei de Licitação tem por escopo proteger o patrimônio público e preservar o princípio da moralidade, mas a conduta só é punível quando produz resultado danoso.

2. É penalmente irrelevante a conduta formal de alguém que desatente das formalidades da licitação quando não há consequência patrimonial para o órgão público. (grifo nosso)

3. O dolo genérico não é suficiente para levar o administrador à condenação por infração à Lei de Licitações (APn nº 261, Ministra Eliana Calmon, DJ 5/12/2005). Precedentes.

4. Recurso em *habeas corpus* provido para trancar a ação penal por falta de justa causa.

(STJ, RHC 51958, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. em 1.10.2015)

Com efeito, à luz dos elementos típicos exigidos atualmente, carece a denúncia, *in casu*, da necessária descrição da conduta quanto ao dolo específico dos acusados, ausente menção à intenção do prefeito e demais agentes de causar dano ao erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos.

Nesse sentido, inclusive, mesmo a prova colhida durante a instrução criminal não permitiu que se alcançasse, no curso da ação penal, sob os parâmetros *supra*, o especial fim de agir nas ações narradas referentes ao “Fato 1”, tendo o próprio Ministério Público Federal sustentado, em razões finais, que a mera burla da forma legal é insuficiente à condenação, por ser indispensável a ocorrência de fraude que implique superfaturamento ou um resultado concreto e danoso ao interesse público.

A ausência do prejuízo para a Administração Pública, segundo o *Parquet* Federal, verifica-se pela comprovação nos autos de que houve realização de prévia cotação de preços pelo telefone, denotando que a finalidade das compras era fornecer merenda às creches municipais. Disse a acusação, “De outro lado, não há qualquer indicativo de efetivo superfaturamento nas compras, ou mesmo de eventual desvio de recurso. Nesses termos, se não há elemento nos autos a indicar a ocorrência nos autos de prejuízo para a Administração Pública, não é possível a responsabilização criminal dos réus” (fl. 965v.).

O exame do conjunto probatório mostra que as aquisições de gêneros alimentícios das empresas Prontinho Indústria e Comércio Ltda., no valor de R\$ 132,60, e Maria Cristina Fernandes de Matos Zoccal ME, no montante de R\$ 661,50, ocorreram respectivamente nos dias 06/02/2004 e 02/03/2004, ou seja, a primeira compra se deu antes da data do término do processo licitatório para a aquisição de gêneros alimentícios para fornecimento de merenda escolar no município de Estrela d’Oeste e, a segunda compra, na data da homologação da licitação. Tratava-se, portanto, de uma situação de urgência, pois as crianças que frequentavam a rede municipal de ensino no município corriam o risco de ficar sem a merenda durante os primeiros dias letivos daquele ano.

As testemunhas informaram que a Prefeitura de Estrela d’Oeste realizou essas compras posteriormente a cotação de preço dos produtos por telefone. José Assumpção Valentim Neto, funcionário público municipal, afirmou que “Foi feita uma cotação de preços seguindo orientação do departamento jurídico” (fl. 363). Sérgio Bertaci, também funcionário público municipal, igualmente confirmou os fatos: “a Prefeitura adquiriu produtos para a merenda escolar sem processo Licitatório. A licitação estava em andamento nesta época e os itens eram necessários. As compras foram autorizadas pelo departamento jurídico... As compras foram precedidas de cotação” (fl. 364).

Portanto, o Departamento Jurídico da Prefeitura orientou para que essas compras, que foram pontuais, além de precedidas de cotação de preço, também observassem o valor definido para o mesmo produto na licitação anterior, de modo que não ocasionassem prejuízos aos cofres da municipalidade. Assim asseverou o réu José Jorge dos Santos (mídia de fl. 889):

Era início de ano, né?! Então ainda não havia sido feita a licitação e o Setor de Compras, quando eu peguei o empenho “pra paga”, ele não marcava que era produto licitado. Eu me lembro, normalmente, a gente sabe que é um produto licitado, né?! Ai eu consultei o Departamento de Compras. O Departamento de Compras disse que “pego” orientação do Setor Jurídico “pra” essa compra e eles orientaram que poderia ser feito porque não atingia o valor... Era um valor pequeno, né?! Não atingia... e poderia ser feito. Eu me lembro de ter consultado, também, o Setor Jurídico, tá, e ele me confirmou.

(...)

Foi feito [cotação de preços]... Pelo menos a informação que eu tive do Departamento de Compras é que foi feito... E também outra coisa que eles me disseram, é que não poderia ultrapassar o valor das licitações, da licitação anterior, tá?!

Mesmo que fosse possível concluir pela existência de prejuízo à Prefeitura de Estrela d'Oeste, no caso das compras realizadas com as empresas Prontinho Indústria e Comércio Ltda. e Maria Cristina Fernandes de Matos Zoccal ME, não se poderia levar em conta que o desfalque atingiria R\$ 794,10 (=R\$ 132,60 + R\$ 661,50). Na realidade, a compra de produtos era necessária para a merenda das creches. Se fosse observado o valor da proposta vencedora da licitação, essas duas compras teriam sido nas quantias de R\$ 103,10 e R\$ 513,00, totalizando R\$ 616,10. Desse modo, o prejuízo para a municipalidade seria, quando muito, de R\$ 178,00 (R\$ 794,10 - R\$ 616,10). Essa pequena extensão da diferença influi junto com os demais fatos a demonstrar todas as providências e cuidados observados pelos funcionários da Prefeitura, afastando a existência do dolo específico dos réus.

Ainda descrita no “Fato 1”, à aquisição de salsicha junto ao Frigorífico Estrela d'Oeste Ltda., vencedora do item 16, cotado por R\$ 2,30, fornecido o produto pelo valor unitário de R\$ 2,35, igualmente se aplica o mesmo entendimento proposto nos acórdãos transcritos acima (STF, Inq 2616-SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, j. 29.05.2014; STF, AP 527-PR, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, j. em 16.12.2010; STJ, APn 594-ES, Processo 2006/0126007-9, Rel. Min. Jorge Mussi, Corte Especial, j. 04.11.2015; e STJ, APn 480-MG, Processo 2006/0259090-0, Rel. p/ Acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, j. 29.03.2012), exigindo-se a intenção específica de causar dano aos cofres públicos pelo agente para configuração do delito.

O valor unitário do produto adquirido, superando em apenas R\$ 0,05 (cinco centavos) o preço estabelecido no contrato, e o fato de a compra ter se dado em 12/03/2004, quando a licitação já tinha sido homologada em 02/03/2004, torna plausível a versão apresentada pelo prefeito e pelo administrador do frigorífico, no sentido de que decorreu de mero erro de faturamento, o que aponta para a não comprovação do dolo específico na conduta dos réus.

Corroborando essa conclusão - ausência de dolo específico - o fato de a venda de salsichas pelo preço unitário de R\$ 2,35, ao invés de R\$ 2,30, ter ocorrido uma única vez, bem como a insignificância do prejuízo causado aos cofres do Município de Estrela d'Oeste. Na realidade, só houve uma compra com erro de R\$ 0,05 (cinco centavos) além do preço, no caso, a Nota Fiscal nº 231341 (a Nota Fiscal nº 223.934 não foi emitida pelo Frigorífico Estrela d'Oeste Ltda., mas sim por Maria Cristina Fernandes de Matos Zoccal ME - fl. 41v.). Se fosse observado o valor da proposta vencedora da licitação, essa compra única teria sido de R\$ 174,80 (= R\$ 2,30 x 76 kg de salsicha), mas com o erro, o valor da Nota Fiscal nº 231341 foi de R\$ 178,60.

Portanto, a diferença real indevida, paga na compra de salsichas em desfavor da municipalidade, foi tão somente de R\$ 3,80.

Na hipótese mais desfavorável aos réus, admitindo-se que não houve erro, a conclusão é a mesma, porque esses fatos por si sós autorizam a afirmativa de que não restou comprovada a intenção de causar prejuízo aos cofres públicos, ou seja, não permitem a conclusão de que houve dolo específico na compra do produto.

Assim, pelas condutas descritas no “Fato 1” da denúncia, impõe-se a absolvição de Pedro Itiro Koyanagi e José Jorge dos Santos, com base no inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal.

No tocante à acusação concernente ao “Fato 3”, que versa sobre a ocorrência de crime tipificado no artigo 92 da Lei de Licitações, o entendimento jurisprudencial acerca da necessidade de demonstração do especial fim de agir na ação tida por delituosa encaminha a solução nos mesmos termos, consoante precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que passou a exigir a presença do elemento subjetivo do delito em sua forma específica, no caso a intenção do agente de causar dano aos cofres públicos ou de favorecer o licitante vencedor.

Confira-se, mais uma vez, jurisprudência recente sobre o tema:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEI Nº 8.666/93. ART. 92. NECES-
SIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO DANO AO ERÁRIO E DO DOLO ESPECÍFICO.

1. *Esta Corte Superior entende que a configuração do delito do art. 92 da Lei nº 8.666/1993 depende da demonstração do dolo específico do agente e da ocorrência de prejuízo ao erário.* (grifo nosso)

2. Não cabe a este Sodalício examinar suposta afronta a regra constitucional, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência da Corte Suprema.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no REsp 1360216/SP, Processo: 2012/0275210-1, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. em 3.3.2015)

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ARTIGO 92 DA LEI DE LICITAÇÕES. (1) IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) INDEVIDAS RENOVAÇÕES DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. EXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO E COMPORTAMENTO SUBJETIVAMENTE VOLTADO PARA O SUCESSO DELITIVO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. (3) DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. EMPREGO DE FEITOS EM CURSO. CONSTRANGIMENTO. EXISTÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É manifesta a impropriedade do emprego do *habeas corpus* como sucedâneo recursal.

2. *Segundo a jurisprudência desta Corte, o crime do artigo 92 da Lei 8.666/1992 depende, ademais da existência de prejuízo para a Administração, do reconhecimento de dolo direto, não se admitindo apenas a modalidade eventual. O elemento subjetivo, entretantes, especializa-se (figura, em doutrina antiga, denominada como dolo específico), não bastando o dolo genérico.* Na espécie, restou demonstrado que o paciente, na qualidade de Prefeito Municipal, agiu com consciência e vontade, mirando na satisfação de pretensões particulares em detrimento do interesse público primário. Ademais, restou consignado que o licitante vencedor do certame recebeu, de modo ilegal, em razão de sucessivas e írritas repactuações, mais do que a Administração, originariamente, havia se predisposto a desembolsar. (grifo nosso)

3. O Superior Tribunal de Justiça, a bem do princípio da desconsideração prévia de culpabilidade, não admite a exasperação da pena-base com fulcro em feitos em curso - enunciado Sumular 444.

4. Ordem não conhecida, expedido *habeas corpus* para reduzir a pena do paciente para quatro anos, quatro meses e vinte e quatro dias de detenção, mais vinte e dois dias-multa, no valor estabelecido na sentença, cujos demais termos deverão ser mantidos.

(STJ, HC 253013/SP, Processo: 2012/0184295-1, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. em 18.6.2014)

A denúncia foi apresentada contra Pedro Itiro Koyanagi, José Jorge dos Santos e José Afonso Costa, encontrando-se amparada na mencionada Peça Informativa nº 1.34.030.000211/2009-06 (fls. 8/80v.), destacando-se do Relatório de Fiscalização nº 393 o seguinte trecho (fls. 13v. e 14):

1.5) Gastos realizados com a merenda escolar sem formalização de Termo Aditivo ou processo licitatório.

Fato:

Constatamos que embora esteja encerrado Contrato Nº 007/SL72004, firmado com a empresa “Plantão Econômico Supermercado Ltda.” para aquisição de produtos para merenda escolar, a Prefeitura Municipal permanece adquirindo os produtos da mesma empresa, nas mesmas condições de preços e prazos, constantes do contrato ora expirado, sem a devida for-

malização de Termo Aditivo ou processo de licitação. Estas aquisições estão em desacordo com o disposto no § 1º do artigo 65 da Lei 8.666/93, visto que as aquisições realizadas, até a presente data, somaram R\$ 7.918,50 ultrapassando o limite de até 25% do valor total do contrato (R\$ 24.470,50).

Evidências:

Declaração do responsável pelo Setor de Compras da Prefeitura Municipal.

Extratos bancários.

Notas Fiscais.

Manifestação do Prefeito:

“O apontamento procede, como se apurou no levantamento dessa situação. O assunto foi passado à esfera da Assessoria Jurídica Municipal para análise e providências que se tornarem necessárias.

Os resultados das medidas tomadas serão comunicados a essa Controladoria”.

Análise da Equipe:

Justificativa não acatada, visto que a Prefeitura Municipal reconhece que o apontamento é procedente e as providências ainda serão tomadas.

A materialidade desse delito revela-se, ainda, no documento de fl. 55, datado de 30 de novembro de 2004, que discrimina os “Gastos Realizados c/ Merenda Escolar 2004”, realizados pela Prefeitura de Estrela d’Oeste com o fornecedor “Plantão Econômico Supermercado Ltda.”, depois de encerrado o contrato nº 007/SL/2004. Esse documento foi assinado pelo réu José Afonso Costa, que ocupava naquela época a função de Assessor de Planejamento da Prefeitura.

A testemunha Alexandre Calgaro, comerciante, confirmou a aquisição de gêneros alimentícios de sua empresa Plantão Econômico Supermercado Ltda., mesmo depois de vencido o contrato de licitação, configurando-se, desse modo, a prorrogação contratual em favor do adjudicatário (fl. 371):

É sócio proprietário do Supermercado Plantão Econômico e recorda-se que no começo de 2004 houve uma cotação de preços em sua empresa relacionada a gêneros alimentícios para a merenda escolar. Participou desta tomada de preços mas não venceu nenhuma cotação. Pouco tempo depois foi deflagrado um processo licitatório formal do qual o Supermercado Plantão Econômico participou e sagrou-se vencedor em relação a alguns produtos. No final de 2004 o contrato havia encerrado mas o ano letivo não. Foi formalizado um aditamento ao contrato e o Supermercado continuou a fornecer à Prefeitura até o fim daquele ano letivo.

A testemunha José Assumpção Valentim Neto também firmou a ocorrência dos fatos, conforme destacado (fl. 363/363v.):

A empresa Plantão Econômico foi vencedora de alguns itens relacionados à merenda escolar. Não houve aditamento a esse contrato. Embora encerrado o contrato, como não havia terminado o ano letivo, a Prefeitura continuou comprando daquela empresa até o valor limite de dispensa de licitação conforme orientação do departamento jurídico.

Interrogados, os acusados admitiram a continuidade da aquisição de gêneros alimentícios da empresa Plantão Econômico, destacando que o fizeram sem a realização de aditamento contratual ou de novo procedimento licitatório.

Destaque-se, nesse sentido, trecho do interrogatório de Pedro Itiro Koyanagi (mídia de fl. 889):

J: ...e em relação ao “Fato 3”, alegada realização de despesa com merenda escolar sem formalização de termo aditivo ou nova licitação, o senhor se recorda desses fatos? Foi contratada a empresa Plantão Econômico e, após o encerramento do contrato, teria continuado a fazer compras desse supermercado... O senhor confirma os fatos? Foi feito assim? Por que foi feito?

R: Sim. O que aconteceu... Aí chegou no final do ano... todo o processo licitatório tinha sido esgotada a compra do processo licitatório. E aí, as aulas não tinham terminado, faltavam alguns dias, e nós tivemos que continuar servindo a merenda escolar. E aí, a informação que eu tenho é que o Departamento de Compras também acionou o Departamento Jurídico, consultou e fez um levantamento de quanto que seria isso que precisava de ser comprado. E o valor era menos de uma dispensa de algum processo licitatório e, como que faltava poucos dias, e fez essa aquisição, nos mesmos preços que estavam sendo praticados, né, nessa licitação desse ano.

J: Tá. Mas por que não foi feita uma nova licitação, um processo de dispensa ou alguma coisa? Foi tudo como se fosse um contrato verbal?

R: Não, não diria verbal, doutora, o Departamento de Compras pediu esse parecer também para o Departamento Jurídico... o “que que” poderia “tar” fazendo em virtude de faltar 15 dias de aula... 20 dias, não me recordo... e aí o Departamento de Compras fez essa compra, porque se ele quisesse aditar o contrato, nós poderíamos estar comprando até 25% a mais do valor da licitação. Mas como que não precisava, então sugeriu-se que praticasse os mesmos preços que estavam dentro daquele processo licitatório e fizesse a aquisição desses materiais, pra atender esses poucos dias que faltavam daquele ano.

J: O senhor sabe quanto que foi comprado fora do..., após o encerramento... Qual o valor e o que foi comprado fora do prazo... desse prazo?

R: O valor exato eu não sei, doutora, mas eu sei que o valor é menor que R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

J: Tá. A Prefeitura teve algum prejuízo com essa compra?

R: Não.

J: Não... não foi comprado por valores maiores que o mercado... valor de mercado?

R: Não, porque nós compramos daquilo que “tava” preconizado dentro do processo licitatório daquele corrente ano.

(...)

Às perguntas do MP, respondeu:

P: Sr. Pedro, há quantas gestões o senhor já está... esteve como prefeito do município?

R: Eu “tô” agora como prefeito na quarta gestão.

P: Quarta gestão. Nessa época de 2004, que mandato o senhor era: primeiro, segundo,...

R: Isso foi 2005 ou 2004?

P: 2004.

R: 2004 eu “tava” na... 2004... segunda gestão.

P: Qual é a formação superior do senhor?

R: Sou farmacêutico e biomédico. Tenho duas formações.

P: O senhor tem conhecimento de todas as exigências legais para contratar pela Administração Pública? Lei das Licitações... tudo que é exigido?

R: Sim... É, não conheço profundamente, mas eu conheço... superficialmente a gente tem que...

P: O senhor sabe do procedimento de dispensa de licitação e inexigibilidade?

R: Até R\$ 8.000,00 (oito mil reais) pode se fazer dispensa...

P: E qual a razão de não ter sido feito o processo formal nesse caso... O procedimento formal de dispensa ou inexigibilidade?

R: Porque o valor podia ser de dispensa.

P: Sim, ainda que seja dispensa, não é de qualquer forma. Tem que ter um procedimento, tem que justificar, tem que ter... explicar tecnicamente porque está sendo feita a dispensa. O

senhor pode saber e o assessor jurídico do senhor deve saber isso... E por que não se seguiu esse procedimento?

R. Então, a justificativa que tem é porque o valor era muito pequeno, esse do começo do ano, e que “távamos” praticando o preço... fez um levantamento, uma cotação de preço... e por isso que foi feito. Foi feito uma cotação de preço.

(...)

Às perguntas da Defesa de José Afonso Costa, respondeu:

A: A respeito do “Fato 3”, o interrogado parece-me que informou que havia uma empresa que fornecia para Prefeitura gêneros alimentícios e de que o objeto estaria estante no final do exercício de 2004. E, por razões de que as aulas ainda se estenderam por mais alguns dias, houve necessidade de novas aquisições. Eu queria que se deixasse claro se essas novas aquisições foram realizadas pelo exato preço praticado na licitação que se findou?

R: Pelo exato preço na licitação que tinha sido durante todo o ano de 2004, como falei, né?!

A: Se isso então partiu de orientação do jurídico? Parece que ele já deixou isso mais ou menos claro... se é isso?

R: É.

A: Como é que eram feitas as requisições dos produtos nesses... principalmente nesses dias do final do ano? Esses produtos eram requisitados junto ao Gabinete? Não sei... Como é que eles eram requisitados?

R: O Departamento das Escolas solicitava junto ao Departamento de Compras, né?! E o Departamento de Compras que tomava as providências pra fazer a aquisição?

A: O interrogado teve alguma participação nessas aquisições?

R: Não, nenhuma... Tudo feito através do Departamento de Compras, que era realizado.

Nada obstante, o próprio Ministério Público Federal requereu a absolvição dos réus pela prática do delito do artigo 92 da Lei nº 8.666/93, referente às compras feitas junto à empresa Plantão Econômico Supermercado Ltda. após o contrato ter seu prazo expirado, no final do ano de 2004, sem formalizar termo aditivo, entendendo que se aplica ao caso o inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal, afirmando que aqui também “não há indicativo concreto de superfaturamento ou de qualquer desvio, sendo que a prova dos autos demonstra que as compras foram realizadas para suprir a necessidade de fornecimento de merenda às creches até o final do ano letivo” (fls. 966v. e 967).

Continua, a Procuradoria Regional da República (fl. 967):

Cumprе destacar que João Carlos Maraia, funcionário do setor de tributação da prefeitura na época dos fatos, apenas informou que “tomaram conhecimento do que fazer com o dinheiro após a fiscalização” (fls. 366). As testemunhas Nivaldo (fls. 238), Paulo (fls. 341/343), Ademir (fls. 365), Vanilda (fls. 369), Maria de Jesus (fls. 370), Benedito (fls. 372), Milton (fls. 373), Oreste (fls. 374), Amauri (fls. 445/447), Edvaldo (fls. 472), João (fls. 489), Maria (fls. 505), Luís (fls. 518) e Tokio (fls. 553) nada esclareceram sobre os fatos objetos da presente ação penal.

Portanto, devem os réus ser absolvidos da imputação referente ao Fato 3, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

É de se consignar, por fim, que a irrelevância penal dos fatos em tela não impede a responsabilização dos envolvidos nas esferas administrativas e cível, até mesmo porque, como visto, apurou-se ocorrência de irregularidades formais apontadas na denúncia.

Nos termos do Contrato de Compra e Venda nº 007/SL/2004, assinado em 02/03/2004, mesma data em que ocorreu a homologação da licitação, a empresa Plantão Econômico Supermercado Ltda. saiu vencedora para fornecer diversos produtos para consumo na merenda escolar do ano letivo de 2004, a saber: arroz, sal, feijão, óleo de soja, extrato de tomate e frango (fls. 53v./54v.). Esse contrato previu que vigoraria “entre a data de sua assinatura e o término da entrega dos produtos ou no dia 31/12/2004” (fl. 54).

A testemunha Alexandre Calgaro, comerciante, esclareceu que “No final de 2004 o contrato havia encerrado mas o ano letivo não” (fl. 371).

Acontece que, antes de se encerrar o ano letivo, permanecia a necessidade de servir merenda escolar para os alunos das creches municipais, mas o limite aprovado na licitação, para alguns dos produtos, havia se esgotado. A situação era de premência e as compras foram autorizadas pelos mesmos preços e nas mesmas condições já homologadas anteriormente, “até o valor limite de dispensa de licitação, conforme orientação do departamento jurídico” (José Assumpção Valentim Neto, fl. 363/363v.).

O prefeito Pedro Itiro Koyanagi, que era farmacêutico e biomédico, prestou depoimento afirmando que não conhecia profundamente a Lei das Licitações e que não formalizou processo regular “porque o valor podia ser de dispensa” [de aditamento de licitação] e que as novas aquisições foram realizadas “pelo exato preço na licitação que tinha sido durante todo o ano de 2004” (mídia de fl. 889).

Essa última informação - novas aquisições pelo exato preço da licitação de 2004 - encontra-se provada no documento “Gastos Realizados c/ Merenda Escolar 2004”, assinado pelo corréu José Afonso Costa, então Assessor de Planejamento na Prefeitura de Estrela d’Oeste (doc. 55), que também confirmou que essa orientação partiu do Departamento Jurídico e que todas as compras foram efetuadas através do Departamento de Compras.

Inexiste dúvida, mesmo a denúncia não o contrasta, que se tratava de merenda escolar, que havia urgência na compra e que foram observados os preços da licitação aprovada e vencida, o que permite a conclusão segura de que inexistiu manipulação de preço ou desvios de valores.

Segundo o contrato celebrado com a empresa Plantão Econômico Supermercado Ltda., em sua cláusula “XII - DAS ALTERAÇÕES”, este podia “ser alterado, unilateralmente pela Contratante, ou por acordo entre as partes, nos casos previstos no Artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/93, e suas alterações”. Contudo, a vigência contratual não poderia ultrapassar o ano de 2004, consoante interpretação sistemática de suas cláusulas “VI - PRAZO” e “XV - DA PRORROGAÇÃO”, a primeira, que fixava a vigência do contrato até “o término da entrega dos produtos ou no dia 31/12/2004” e, a segunda, que ficava “expressamente vedada à prorrogação do presente contrato” (fls. 54/54v.).

O valor total licitado somava R\$ 24.470,50 (fl. 53v.). A Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) autorizava que fosse excedido em até 25% (vinte e cinco por cento) o limite contratual do valor licitado (art. 65, § 1º). No caso, o excesso legal alcançaria a quantia máxima de R\$ 6.117,62. O valor contratado acima foi de R\$ 7.918,50 (fl. 13v.), referente às aquisições realizadas no segundo semestre do ano de 2004 (fl. 55). Portanto, o excesso das aquisições atingiu o montante de R\$ 1.800,88.

De fato, quantia aparentemente alta, se analisada isoladamente, mas não tão expressiva a ponto de permitir a conclusão de que os réus teriam agido com dolo específico, para causar dano à Prefeitura de Estrela d’Oeste. A prova dos autos demonstra que a intenção dos réus era

atender à alimentação das crianças nas creches até o final do ano de 2004 e que havia urgência na realização das compras.

O fato ocorreu e a materialidade ficou comprovada. No entanto, pelo que se expôs, não ficou suficientemente caracterizado o dolo específico, não existindo nos autos prova alguma de que algum dos réus teve vantagem ou que a Prefeitura não usufruiu do valor pago a mais, inexistindo desvio dos produtos.

Na hipótese mais desfavorável aos réus, ainda que admitida a existência de prejuízo à Prefeitura de Estrela d'Oeste, não restou demonstrada a intenção de causar prejuízo ao Erário ou a finalidade específica de favorecimento indevido dos agentes envolvidos ou de terceiros, para reconhecer a adequação típica. Quando muito, ocorreu interpretação equivocada das normas, ou mesmo puro e simples erro da Administração, pela não observância dos procedimentos legais, fato que poderia permitir a responsabilização dos réus na esfera cível, mas não criminalmente.

Assim, também pelo fato envolvendo a empresa Plantão Econômico Supermercado Ltda., impõe-se a absolvição dos réus Pedro Itiro Koyanagi, José Jorge dos Santos e José Afonso Costa, com fundamento no inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal.

Isso tudo considerado, proponho seja julgada improcedente a ação penal, com a absolvição dos réus Pedro Itiro Koyanagi e José Jorge dos Santos em relação às condutas descritas na denúncia como “Fato 1” e “Fato 3”, e, ainda, a absolvição do réu José Afonso Costa em relação à conduta descrita como “Fato 3”, em todas as hipóteses com base no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

APELAÇÃO CRIMINAL
0006242-70.2011.4.03.6110
(2011.61.10.006242-7)

Apelante: JIANDE YU
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SOROCABA - SP
Relator Originário: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA
Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY
Classe do Processo: ACr 58146
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/07/2016

EMENTA

PENAL. DECLARAÇÃO FALSA EM PROCESSO DE REGISTRO DE ESTRANGEIRO. ARTIGO 125, XIII, DA LEI Nº 6.815/80. USO DE DOCUMENTO IDEOLOGICAMENTE FALSO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. APLICAÇÃO. CONDENAÇÃO REMANESCENTE EM RELAÇÃO AO CRIME DO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PENA DE EXPULSÃO REFORMADA. ARTIGO 75, II, “B”, DA LEI Nº 6.815/80. PENAS SUBSTITUTIVA MODIFICADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Acusado denunciado como incurso nos artigos 125, XIII, da Lei nº 6.815/80 e 304 c.c 299, *caput*, c.c artigo 70, todos do Código Penal e condenado à pena de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, no regime inicial aberto, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal à época dos fatos e à pena de expulsão, a ser efetivada pelo Ministério da Justiça, pela prática dos delitos previstos nos artigos 125, XIII, da Lei nº 6.815/80 e artigo 299 do Código Penal, em concurso formal.

2. Materialidade e autoria comprovadas.

3. Declaração falsa em processo de registro de estrangeiro. Artigo 125, XII, da Lei. nº 6.815/80. Condenação mantida.

4. Para que seja hipótese de aplicação do princípio da consunção é necessária a existência denexo de dependência entre as condutas ilícitas, isto é, há o cometimento de um crime-meio que se exaure com a prática do crime-fim.

5. Na hipótese dos autos, o princípio da consunção é aplicável, pois o delito de uso de documento falso constituiu meio necessário para a prática do crime do Estatuto do Estrangeiro, estando ausente, no caso, sua autonomia dada a ausência de potencialidade lesiva do documento falso para ser utilizado em outra circunstância.

Dessa forma, deve ser mantida a condenação do réu somente pela prática do delito preconizado pelo artigo 125, XIII da Lei nº 6.815/80.

6. Dosimetria. Mantida a pena privativa de liberdade de 01 ano para o delito do artigo 125, XIII do Estatuto do Estrangeiro. Afastada a pena de expulsão a teor do artigo 75, II, “b” da Lei nº 6.815/80, sem prejuízo da análise fática pelo Poder Executivo. Alterada as penas restritivas de prestação pecuniária e multa substitutivas da pena corporal para uma pena de prestação de serviços à comunidade.

7. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *dar parcial provimento* ao recurso para afastar a pena de expulsão, nos termos do artigo 75, II, “b”, da Lei nº 6.815/80 e, por maioria, aplicar o princípio da consunção e condenar o réu somente pela prática do delito do artigo 125, XIII da Lei nº 6.815/80 à pena de reclusão de 01 ano, substituída por uma restritiva de direitos, consistente em uma pena de prestação de serviços à comunidade, a ser definida pelo Juízo das Execuções Criminais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Vencido o E. Relator que, de ofício, aplicava o artigo 383 do Código de Processo Penal para reclassificar uma das condutas delitivas como uso de documento falso e condenar o apelante como incurso no artigo 304 c.c artigo 299 do Código Penal (falsidade absorvida pelo uso), mantida a pena privativa de liberdade total fixada em primeira instância e modificava as penas substitutivas de prestação pecuniária e multa por duas penas restritivas de direitos, consistentes em uma pena de prestação de serviço à comunidade, a ser especificada pelo Juízo da Execução, e em uma pena de limitação de fim de semana.

São Paulo, 05 de julho de 2016.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator): Trata-se de Apelação Criminal interposta por JIANDE YU, contra a r. sentença (fls. 214/223-v) proferida pela MMª Juíza Federal da 3ª Vara Federal de Sorocaba, Dra. Silvia Marlene de Castro Figueiredo, que o condenou à pena de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, no regime inicial aberto, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal à época dos fatos e, por fim, à pena de expulsão, a ser efetivada pelo Ministério da Justiça, pela prática dos delitos previstos nos artigos 125, XIII, da Lei nº 6.815/80 e artigo 299 do Código Penal, em concurso formal.

A pena privativa de liberdade foi substituída por uma pena restritiva de direito e multa, consistentes, a primeira em prestação pecuniária no montante de um salário mínimo e meio ao mês, a ser entregue a instituição a ser designada pelo Juízo da Execução, pelo mesmo período da condenação e, a segunda, em multa equivalente a 10 (dez) salários-mínimos.

Consta da denúncia:

(...) Em novembro de 2009, na Delegacia da Polícia Federal em Sorocaba/SP, JIANDE YU apresentou declarações ideologicamente falsas e documento médico ideologicamente falso, ao requerer, para si, registro de estrangeiro no Brasil (fls. 05/06 e 12).

Segundo se apurou, JIANDE YU declarou que entrou no Brasil em 18 de janeiro de 2006 por Foz do Iguaçu/PR, mas o extrato de fls. 18, com seu movimento migratório de entrada no Brasil indica que chegou no dia 17 de junho de 2009. Ademais, o endereço declarado por ele a fls. 12, rua XV de Novembro, 111, Centro, Sorocaba/Sp, foi diligenciado (fls. 40), apurando-se que JIANDE YU era pessoa desconhecida no referido local.

Por outro lado, o médico que consta do atestado de fls. 06 disse não poder confirmar se o paciente que atendeu seja efetivamente JIANDE YU (fls. 28/29).

Ouvido, JIANDE YU, declarou que ingressou pela primeira vez no Brasil em 17 de junho de 2009 e que o atestado médico que apresentou foi comprado por R\$ 50,00.(...)

A denúncia foi recebida em 21/07/2011 (fls. 77/77-v) e a sentença, publicada em 29/05/2013 (fl. 224).

Nas razões de recurso de fls. 269/272, a defesa pugna pela absolvição, aduzindo, em apertada síntese:

- a) a ausência do elemento subjetivo em relação a ambos os tipos penais, uma vez que o réu foi vítima de aliciadores que se intitulavam “despachantes” e desconhecia o idioma;
- b) ocorrência de erro tipo e erro de proibição;
- c) o cabimento do perdão judicial, no termos do artigo 107, IX, do Código Penal;
- d) o preenchimento dos requisitos do artigo 75, II, “b”, da Lei nº 6.815/80, devendo ser reformada a decisão que decidiu pela expulsão;
- e) a necessidade de substituição da pena de multa substitutiva por prestação de serviços, em virtude de hipossuficiência financeira;
- f) o cabimento da suspensão condicional da pena.

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões às fls. 276/278.

A Procuradoria Regional da República, por sua ilustre representante, Dra. Inês Virgínia Prado Soares, opinou pelo provimento parcial do recurso, apenas, em relação à substituição da pena restritiva de direitos de prestação pecuniária por prestação de serviços (fls. 280/282-v).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

JIANDE YU foi denunciado como incurso nas sanções dos artigos 125, XIII, da Lei nº 6.815/80 e 304 c.c 299, *caput*, c.c artigo 70, todos do Código Penal, por ter prestado declarações ideologicamente falsas em processo de registro de estrangeiro e usado documento particular ideologicamente falso para instruí-lo, perante a Polícia Federal em Sorocaba, em novembro de 2009.

Após regular tramitação, sobreveio sentença, publicada em 15/08/2013 (fl. 234), que condenou *JIANDE YU* pela prática do delito previsto no artigo 125, XIII da Lei nº 6.815/80 e artigo 299 c.c artigo 304, ambos do Código Penal (uso absorvido pelo falso cometido pelo próprio autor da falsificação), em concurso formal (art.70 do CP), o que ensejou a interposição do presente recurso.

Passo ao exame da matéria devolvida.

A materialidade do delito está demonstrada pelos seguintes elementos de prova:

- Formulário de Requerimento para Registro/Atualização de Estrangeiro, no qual consta como data de entrada 18/01/2006 e endereço residencial à Rua Salvador P. de Camargo, nº 981, Bairro Éden, Sorocaba/SP;
- Atestado Médico em nome do apelante e datado de 26/01/2009 - fl. 06;
- Certidão de Movimento Migratório constando somente um registro de entrada no Brasil em 17/06/2009, via aérea - fls. 18 e 93;

- prova oral produzida.

O conjunto probatório é coeso e uníssono, não restando dúvida sobre a materialidade do delito.

A autoria também é inconteste.

Interrogado pela autoridade policial (fls. 45/46), JIANDE YU informou que:

- ingressou pela primeira vez no Brasil em 17/06/2009, pela cidade do Rio de Janeiro;
- foi auxiliado por uma pessoa de nacionalidade brasileira no preenchimento do formulário de registro de estrangeiro, pois não dominava o idioma nacional;
- esta mesma pessoa forneceu - lhe o atestado médico mediante o pagamento de R\$ 50,00 (cinquenta reais);
- nunca foi atendido pelo médico Geraldo Romão dos Santos signatário do atestado médico apresentado; e
- nunca residiu na cidade de Sorocaba, mas em São Paulo, Capital.

Em Juízo (arquivo eletrônico gravado em mídia digital - fl. 157), JIANDE YU alterou a versão, contradizendo-se muitas vezes, alegando que:

(...) entrou em 2006 através de ônibus por Foz de Iguaçu; o registro constante na polícia federal se refere à segunda vinda ao Brasil; permaneceu no Brasil da primeira vez por três anos; a segunda vez que veio ao Brasil foi em 06/2009; trabalhou no Brasil e com o dinheiro voltou pra China; na segunda vez, veio ao Brasil de avião e desembarcou no Rio de Janeiro; desembarcou e veio direto para São Paulo; foi para Sorocaba, ficou uns dias e depois voltou para São Paulo; perguntado se trabalhou no local indicado no formulário (Chen Armarinhos), disse que quando não tem emprego vai ajudar neste local; que não dá pra dizer quanto tempo trabalhou lá; neste local trabalha a família da esposa; o sogro dele trabalha para uma pessoa chamada Marcelo; disse que desconhece o bairro Éden, na cidade de Sorocaba; disse que morou no Éden na casa de um brasileiro, que fica na parte de cima da loja; ele teria que achar a pessoa que trouxe ele para provar a primeira vinda ao Brasil; não tem como comprovar a primeira vinda ao Brasil pois trocou o passaporte; disse que não pegou o atestado médico e não pagou pelo documento; quanto ao depoimento da polícia federal disse que a data de 17/06/2009 se refere à segunda entrada e não à primeira; quanto ao atestado médico disse que houve o episódio, mas que não deu dinheiro ao médico; não foi ao médico e o brasileiro que o auxiliou o informou que pelo atestado poderia solicitar a permanência no país; é vítima da pessoa que intermediou; que não a conhece; não sabe o nome, mas a pessoa é careca e alta; não pagou para informar o endereço de Sorocaba no formulário; morou em Sorocaba por 10 dias; confirma que não foi atendido pelo médico Geraldo; durante o maior tempo permanece em São Paulo onde trabalha em restaurantes e as vezes fica em Sorocaba na casa do Marcelo (dono do estabelecimento Chen armarinhos); chegou a ir para Piracicaba e atualmente trabalha em Jundiáí; família abriu restaurante em Jundiáí, vai a São Paulo, uma vez por mês; o Sr. Antônio Carlos Fernandes, que serviu como testemunha de defesa, é só amigo; Antônio Carlos o levou até o Marcelo, é gerente do Marcelo, para os outros locais ía sozinho; não tem como comprovar que veio ao Brasil antes de 2009 através de documentos; não sabia que o documento apresentado junto com o formulário era falso, mas sabia que era um atestado médico, embora não tenha ido ao médico; não tinha conhecimento que documentos falsos e declarações falsas no Brasil constituem crime.(...)

A testemunha Celso Anacleto, Policial Federal, em Juízo (arquivo eletrônico gravado em mídia digital - fl. 157), responsável pela diligência de fl. 40, embora não se recordasse especificamente dos fatos, disse que na maioria das vezes as diligências para intimação de estrangeiros

e correlacionados eram, na maioria das vezes, infrutíferas.

Por sua vez, Antônio Carlos Fernandes, testemunha de defesa, em Juízo (arquivo eletrônico gravado em mídia digital - fl. 157), informou ter trabalhado com a família da esposa do réu e que o apelante, por várias vezes, permaneceu na cidade de Sorocaba, geralmente por poucos dias. Disse ter visto o apelante pela primeira vez no Brasil em 2009 e confirmou ter abrigado JIANDE YU em sua residência, algumas vezes, cujo endereço constou no formulário apresentado à Polícia Federal.

Marcelo Chian Pui Tim, também testemunha de defesa (arquivo eletrônico gravado em mídia digital - fl. 157), proprietário da Chen Armazinhos, confirmou que JIANDE YU trabalhou por aproximadamente um mês na sua loja e que o acusado veio ao Brasil em 2011.

Portanto, do cotejo dos depoimentos acima referidos e da documentação constante nos autos, verifica-se que a versão apresentada pelo réu de que esteve no Brasil em 2006 não encontra respaldo no conjunto probatório.

Curial destacar, que as próprias testemunhas de defesa alegam que JIANDE YU esteve pela primeira vez no Brasil em 2009 e 2011, vale dizer, muito depois da informação fornecida pelo acusado à Polícia Federal (18/01/2006 - fl. 05-v).

Do mesmo modo, ficou evidente que as demais informações apostas no formulário de Requerimento de Registro Nacional de Estrangeiro eram inverídicas, assim como o atestado médico apresentado, fato este, que o próprio acusado admitiu em Juízo.

Assim sendo, diferentemente do erro de tipo e erro de proibição aventados pela Defesa, restou devidamente comprovado nos autos que o apelante voluntária e conscientemente, fez declarações ideologicamente falsas em processo de registro de estrangeiro, instruindo-o com documento, também, ideologicamente falso.

Impende consignar que somente ocorre erro de tipo quando o agente, ao praticar a conduta, possui uma falsa percepção da realidade acerca de circunstância elementar do tipo e que, por sua vez, o erro de proibição, hipótese do erro que recai sobre a ilicitude do fato, somente aproveita àquele que não tinha condições de conhecer a ilicitude da conduta, ambas situações não configuradas nos autos, pelos motivos anteriormente declinados.

Incabível, do mesmo modo, o pretendido o perdão judicial. Com efeito, o benefício do perdão judicial somente pode ser concedido nos casos expressamente previstos em lei e os delitos em questão (artigo 125 da Lei nº 6.815/80, artigos 304 e 299 do Código Penal) não foram contemplados com tal causa de extinção de punibilidade.

Por fim, cumpre anotar que no tocante ao uso do atestado ideologicamente falso, a magistrada *a quo* aplicou o princípio da consunção e condenou o acusado pela prática do delito previsto no artigo 299 c.c artigo 304 do Código Penal, falsidade ideológica absorvendo o uso, considerando *que o uso do documento falso constitui exaurimento do crime de falsificação de documento*.

Neste ponto, entendo que a sentença deva ser reformada, não havendo prejuízo para o réu, para que a absorção se dê em sentido inverso, vale dizer, que o falso seja absorvido pelo uso, pois a conduta narrada na inicial e comprovada no decorrer da instrução, foi que JIANDE YU utilizou documento ideologicamente falso, obtido de terceiro, para instruir processo de registro de estrangeiro.

Por tais motivos, de ofício, dou aos fatos nova classificação jurídica, a teor dos artigos 383 e 617, ambos do diploma processual penal, subsumindo-os ao tipo descrito no artigo 304 c.c artigo 299 do Código Penal (uso de documento ideologicamente falso).

Sobre a possibilidade de *emendatio libelli* em segunda instância, colaciono os julgados seguintes:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ARTIGO 121, § 2º, IV, DO CP. HIPÓTESE DE *EMENDATIO LIBELLI*. POSSIBILIDADE EM SEDE RECURSAL. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC nº 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC nº 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC nº 117.268/SP; Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC nº 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC nº 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC nº 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC nº 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de *habeas corpus* substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - O réu se defende dos fatos que são descritos na peça acusatória e não da capitulação jurídica dada na denúncia.

IV - Assim sendo, a adequação típica pode ser alterada tanto pela sentença quanto em segundo grau, via *emendatio libelli*, ainda que em sede de recurso exclusivo da defesa, mas desde que nos limites do art. 617 do CPP (precedentes).

V - *In casu*, o eg. Tribunal *a quo*, no julgamento de recurso em sentido estrito interposto pelo ora paciente, considerou necessária a correção da classificação jurídica do fato, uma vez que “o Ministério Público deveria ter disposto em sua denúncia que o crime foi cometido mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, qualificadora esta prevista no art. 121, § 2º, IV do CP, e não considerar tal fato como agravante, nos termos do art. 61, II, c do CP”, razão pela qual o v. acórdão objurgado se enquadra na hipótese do art. 383, do CPP (*emendatio libelli*), não estando eivado de qualquer nulidade.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 312.892/AL, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 19/10/2015)

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ALTERAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO DO DELITO. RÉU DENUNCIADO POR EXTORSÃO E CONDENADO POR CONCUSSÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. HIPÓTESE DE *EMENDATIO LIBELLI*.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. O réu se defende dos fatos que são descritos na peça acusatória, e não da capitulação jurídica dada na denúncia. Assim sendo, a adequação típica pode ser alterada tanto em primeira instância quanto em segundo grau, via *emendatio libelli*.

3. Na espécie, embora o Ministério Público tenha capitulado os fatos narrados na denúncia como o delito previsto no art. 158, *caput*, do Código Penal (extorsão), a descrição contida na exordial acusatória permite a imputação do fato previsto no tipo legal do art. 316, *caput*, do Código Penal (concução), razão pela qual a decisão objurgada se enquadra na hipótese do art. 383 do Código de Processo Penal (*emendatio libelli*), não estando eivada de nenhuma nulidade.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 201.343/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 10/10/2014)

Por todo o exposto, mantenho a condenação de JIANDE YU pela prática do delito capitulado no artigo 125, XIII da Lei nº 6.815/80, porquanto o acusado fez declaração falsa em processo de registro de estrangeiro, bem como aplico a *emendatio libelli* para condená-lo como incurso no artigo 304 c.c artigo 299 do Código Penal, em concurso formal.

Passo à *dosimetria* da pena.

1. *Artigo 125, XIII da Lei nº 6.815/80*

Verifico que a magistrada de primeiro grau, acertadamente, considerou inexistentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixou a respectiva pena-base no mínimo legal, em 01 (ano) ano de reclusão e tornou a pena definitiva, considerando ausentes as circunstâncias atenuantes e agravantes, bem como causas de aumento ou diminuição, o que não merece reparo.

No que concerne à pena de expulsão, acolho a pretensão da defesa para afastá-la, nesta fase e no âmbito desta decisão, tendo em vista que o acusado enquadra-se na regra do artigo 75, II, “b”, da Lei nº 6.815/80 (estrangeiro com filho brasileiro sob sua guarda), conforme certidões acostadas às fls. 273/274. Sublinho, contudo, que o temo em foco poderá ser avaliado pelo Poder Executivo, se assim entender necessário.

2. *Artigo 304 do Código Penal.*

Anoto, por oportuno, que a reclassificação jurídica dos fatos não repercute na dosimetria, uma vez que as penas abstratamente cominadas aos delitos de falsidade ideológica e uso de documento falso são idênticas.

Deste modo, mantenho a pena fixada no mínimo legal, em 01 (ano) de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias multa, em face da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como de circunstâncias agravantes e atenuantes e causas de aumento e diminuição.

Irretorquível a incidência do aumento decorrente do concurso formal de delitos, á razão de 1/6 (um sexto), o que resulta na pena definitiva de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Ficam mantidos o valor unitário do dia-multa no mínimo legal e o regime inicial de cumprimento de pena no aberto.

Por fim, merece acolhida o pedido de alteração das penas substitutivas (prestação pecuniária e multa) fixadas pelo magistrado de primeira instância por outras restritivas de direitos sem caráter pecuniário, dada a singularidade do caso concreto.

Conforme anotado pela acusação em contrarrazões de apelação, o caso dos autos cuida de estrangeiro que veio ao Brasil em busca de oportunidade de trabalho e melhores condições de vida o que não se coaduna com a pena substitutiva eleita pela magistrada *a quo*, o que, eventualmente, impossibilitaria o se cumprimento, contrário ao próprio fim do instituto da substituição de penas.

Assim sendo, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos consistentes em uma pena de prestação de serviços à comunidade, a ser definida pelo Juízo da Execução, pelo mesmo prazo da pena corporal imposta e por uma pena de limitação de fim de semana.

Incabível a suspensão condicional da pena pretendida pela acusação, nos termos do arti-

go 77 do Código Penal, porquanto possui caráter subsidiário em relação à benesse prevista no artigo 44 do Código Penal. Ademais, *in casu*, a eventual aplicação do *sursis* traria prejuízo ao réu em vista do período de prova previsto ser superior ao da própria condenação.

Por estes fundamentos, de ofício, aplico o artigo 383 do Código de Processo Penal para reclassificar uma das condutas delitivas como uso de documento falso e condenar o apelante como incurso no artigo 304 c.c artigo 299 do Código Penal (falsidade absorvida pelo uso), mantida a pena privativa de liberdade total fixada em primeira instância e *dou parcial provimento* ao recurso para afastar, nesse momento, a pena de expulsão, nos termos do artigo 75, II, “b”, da Lei nº 6.815/80 e modificar as penas substitutivas de prestação pecuniária e multa por uma pena de prestação de serviço à comunidade, a ser especificada pelo Juízo da Execução e por uma pena de limitação de fim de semana.

Nos termos do entendimento firmado pelo STF no HC 126.292, expeça-se guia de execução para imediato cumprimento das penas restritivas de direito, encaminhando-a ao Juízo da Execução.

É como voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILZON ZAUHY:

Peço vênica para divergir do E. Relator.

Entendo que o princípio da consunção deva ser aplicado de modo que o delito do artigo 125, XIII da Lei nº 6.815/80 absorva o delito de uso de documento falso.

Com efeito, para que seja hipótese de aplicação do princípio da consunção é necessária a existência denexo de dependência entre as condutas ilícitas, isto é, há o cometimento de um crime-meio que se exaure com a prática do crime-fim.

Nesse sentido já se manifestou a jurisprudência do TRF da 4ª Região:

PENAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ART. 299 DO CP. ESTATUTO DO ESTRANGEIRO. LEI 6.815/80, ART. 125, XIII. CONCURSO APARENTE DE NORMAS. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. APLICAÇÃO. CRIME REMANESCENTE. PENA MÍNIMA DE 01 (UM) ANO DE RECLUSÃO. SUSPENSÃO DO PROCESSO. ART. 89 DA LEI 9.099/95. APLICAÇÃO.

1. Evidenciado nos autos que a prática do delito tipificado no art. 299 do CP (delito-meio) teve como único objetivo o cometimento do delito previsto no art. 125, XIII, da Lei 6.815/80 (crime-fim), é de ser aplicado ao caso o Princípio da Consunção.

2. Com a aplicação do Princípio da Consunção resta extinto o concurso de crimes, e quando a pena mínima cominada ao delito remanescente for igual ou inferior a 01 (um) ano de reclusão será possível a aplicação da suspensão do processo a que alude o art. 89 da Lei 9.099/95. Precedentes do STF e desta Corte. (TRF-4 - ACR: 20108 PR 2005.70.00.020108-0, Data de Julgamento: 13/07/2010, SÉTIMA TURMA)

Na hipótese dos autos, o princípio da consunção é aplicável, pois o delito de uso de documento falso constituiu meio necessário para a prática do crime do Estatuto do Estrangeiro, estando ausente, no caso, sua autonomia dada a ausência de potencialidade lesiva do documento falso para ser utilizado em outra circunstância.

Dessa forma, deve ser mantida a condenação do réu somente pela prática do delito preconizado pelo artigo 125, XIII da Lei nº 6.815/80.

Acompanho o E. Relator quanto à dosimetria da pena, tornada definitiva em 01 de reclusão, ante a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como ausentes as circunstâncias atenuantes ou agravantes e causas de diminuição ou aumento da pena.

Deve ser substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em uma pena de prestação de serviços à comunidade, a ser definida pelo Juízo das Execuções Criminais.

Acompanho igualmente o E. Relator quanto ao afastamento, nesse momento, da pena de expulsão, nos termos do artigo 75, II, “b”, da Lei nº 6.815/80, sem prejuízo da eventual análise pelo Poder Executivo.

Destarte, dirijo do E. Relator para dar parcial provimento à apelação do réu e aplicar o princípio da consunção e condenar o réu somente pela prática do delito do artigo 125, XIII da Lei nº 6.815/80 à pena de reclusão de 01 ano, substituída por uma restritiva de direitos, consistente em uma pena de prestação de serviços à comunidade, a ser definida pelo Juízo das Execuções Criminais, acompanhando-o quanto ao afastamento da pena de expulsão.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY

APELAÇÃO CRIMINAL
0000491-52.2013.4.03.6007
(2013.60.07.000491-7)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelado: LUIS CARLOS CORREA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE COXIM - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: ACr 64478
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/07/2016

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO. ARTIGO 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. TIPICIDADE. MATERIALIDADE. AUTORIA. DOLO. COMPROVAÇÃO. CONDENAÇÃO. CONSEQUENCIAS DO CRIME VALORADAS NEGATIVAMENTE. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. APELO A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARA CONDENAR O RÉU.

1. O acusado foi denunciado pela prática do delito tipificado no art. 171, § 3º, do Código Penal.
2. O conjunto probatório demonstra que o acusado obteve para si vantagem ilícita, em prejuízo do INSS, mantendo a agência bancária em erro, já que recebeu benefício previdenciário devido ao seu genitor, mesmo após o óbito deste.
3. A omissão daquele que deixa de informar ao INSS sobre o óbito do titular do benefício previdenciário, induzindo e mantendo a autarquia em erro, e apropriando-se dos valores depositados irregularmente, amolda-se, com perfeição, à conduta descrita no art. 171, § 3º do Código Penal, já que o tipo penal abarca a hipótese de silêncio sobre fato juridicamente relevante como meio para manter a vítima em erro. A conduta não se resume apenas à omissão em comunicar o óbito do titular do benefício, mas também em sacar (conduta comissiva) os valores irregularmente depositados.
4. Prejuízo ao Instituto Autárquico no valor de R\$ 14.695,63 (quatorze mil seiscentos e noventa e cinco reais e sessenta e três centavos).
5. Materialidade demonstrada pela vasta prova documental.
6. Autoria comprovada. Confissão do réu.
7. Dolo. A alegação de que não sabia que estava cometendo um delito não tem o condão de ilidir a conduta criminosa. Isso porque o erro de proibição somente se verifica quando o agente não tem possibilidade de saber que o fato é proibido.
8. Pena base exasperada em razão das consequências do crime.
9. Confissão. A pena deve ser reduzida em consequência do reconhecimento da atenuante da confissão.
10. Tratando-se de crime cometido em detrimento do INSS, reconhecida a causa de aumento do § 3º, do art. 171 do Código Penal.
11. Pena definitivamente fixada em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de direitos.

12. Apelação do Ministério Público Federal a que se dá provimento para condenar o réu como incurso no art. 171, § 3º, do CP.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, DAR PROVIMENTO ao recurso ministerial para condenar o réu LUIS CARLOS CORREA como incurso no art. 171, § 3º, do CP e fixar a pena em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 13 (treze) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de direitos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de junho de 2016.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

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

Cuida-se de ação penal pública fundada em denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal contra LUIS CARLOS CORREA, pela prática do crime definido no artigo 171, § 3º do Código Penal.

Narra a acusação (fl. 106/109) que o réu, no período de 19/10/2007 a 31/01/2010, obteve para si benefício previdenciário indevido, mediante fraude, mantendo o INSS em erro, já que recebeu benefício previdenciário de amparo ao idoso, mesmo após o óbito do beneficiário, seu genitor.

Segundo a exordial, a conduta do réu causou prejuízo ao Instituto Autárquico no valor de R\$ 14.695,63 (quatorze mil seiscentos e noventa e cinco reais e sessenta e três centavos), atualizados até agosto de 2012.

A denúncia foi recebida em 22 de outubro de 2013 (fl. 110-v).

Regularmente processado o feito, sobreveio a sentença (fls. 156/157) que julgou improcedente a pretensão punitiva deduzida na denúncia e absolveu o acusado, com fundamento no inciso III do art. 386 do Código de Processo Penal.

Em suas razões recursais (fls. 171/177), o Ministério Público Federal sustenta que restaram comprovadas a materialidade e a autoria do delito. Bem assim, estaria demonstrado o dolo do acusado, que não comunicou o óbito de seu genitor ao INSS e continuou a sacar os valores depositados pela autarquia. Por fim, pleiteia a condenação do réu nos moldes descritos na denúncia.

Contrarrazões do réu, pela manutenção da sentença (fls. 182/184).

Nesta Corte, o parecer da Procuradoria Regional da República é pelo provimento do recurso da acusação (fls. 188/189).

É o relatório.

Sujeito à revisão.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

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

Dos Fatos

Extrai-se da denúncia:

Conforme consta do incluso Inquérito Policial, LUIS CARLOS CORREA realizou diversos saques indevidos de parcelas de benefício assistencial de amparo ao idoso durante o período de 19 de outubro de 2007 a 31 de janeiro de 2010, creditados ao seu pai MANOEL PEREIRA DA SILVA, na Caixa Econômica Federal, na conta corrente 11707, que faleceu em 18.10.2007 (fl. 25).

Nesse contexto, a acusação imputa ao réu a conduta descrita no art. 171 do Código Penal, na modalidade tipificada no § 3º do mesmo dispositivo.

O juiz *a quo* absolveu o acusado sob o fundamento de que não houve infração penal (art. 386, III do CPP). Entendeu o i. magistrado sentenciante que inexistiu “relação de causalidade (art. 13, CP), de cunho penal, entre o denunciado e a suposta manutenção do Instituto Nacional do Seguro Social em erro”, já que caberia ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais informar o óbito ao INSS.

A despeito do entendimento adotado na sentença, a omissão daquele que deixa de informar ao INSS sobre o óbito do titular do benefício previdenciário, induzindo e mantendo a autarquia em erro, e apropriando-se dos valores depositados irregularmente, amolda-se, com perfeição, à conduta descrita no art. 171, § 3º do Código Penal, já que o tipo penal abarca a hipótese de silêncio sobre fato juridicamente relevante como meio para manter a vítima em erro.

Não se olvida que o Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, por disposição legal, seja obrigado a comunicar os óbitos ocorridos mensalmente ao INSS (art. 68, caput, da Lei 8.212/91). No entanto, o não cumprimento dessa disposição legal, não isenta o procurador do titular do benefício de comunicar o óbito à autarquia previdenciária, tampouco abona a percepção do benefício depositado irregularmente.

Saliente-se ainda que a conduta não se resume apenas à omissão em comunicar o óbito do titular do benefício, mas também em sacar (conduta comissiva) os valores irregularmente depositados.

Nesse sentido:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. COMUNICAÇÃO DE ÓBITO OMITIDA. SAQUES EFETUADOS EM CONTA DE PESSOA FALECIDA. CONDUTA FRAUDULENTA. APELAÇÃO PROVIDA. 1. Apelação da Acusação contra sentença que absolveu o réu da imputação do artigo 171, *caput* e § 3º do Código Penal, com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal. 2. O meio fraudulento foi devidamente narrado na denúncia. A materialidade e a autoria delitiva encontram suporte no conjunto probatório. 3. Não procede o argumento de que não há crime porque o réu não tinha o dever legal de comunicar o óbito ao INSS. A conduta descrita na denúncia e comprovada nos autos não consiste apenas na omissão da comunicação do óbito, mas também em conduta de natureza comissiva, consistente em fazer-se passar por terceiro (pai do réu) para sacar indevidamente os valores de aposentadoria, ciente do óbito. 4. Não se trata de apenas da omissão em comunicar o óbito, mas de ação delituosa, praticada mediante saques de quantias que não pertenciam ao réu, empregando a fraude de agir como se fosse pessoa falecida. 5. Ape-

lo provido.(ACR 00014218720004036181, JUIZ CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/03/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Com essas premissas, cumpre analisar se, *in casu*, restaram demonstrados os elementos do crime.

Da materialidade

A materialidade restou demonstrada pelo Histórico de Créditos, colacionado às fls. 46/47, que revela o pagamento do benefício previdenciário nº 88/520.662.251-2 no período compreendido entre outubro de 2007 e janeiro de 2010. Ocorre, no entanto, que o titular do benefício, Manoel Pereira da Silva, faleceu no dia 18/10/2007 (fl. 23), o que ensejaria o encerramento do pagamento da benesse.

Ademais, ratificam a materialidade os interrogatórios do réu, colhidos em sede policial (fl. 81) e em juízo (mídia fl. 161), no quais ele mesmo confirma que recebeu o benefício prestação continuada até 2010, quando ele foi cancelado.

A percepção indevida do benefício previdenciário em tela acarretou um prejuízo na ordem de R\$ 14.695,63 (quatorze mil seiscentos e noventa e cinco reais e sessenta e três centavos) ao Instituto Autárquico, valor calculado em agosto de 2012 (fls. 46/47).

Da autoria

A autoria também restou incontestada.

O genitor do réu, Manoel Pereira da Silva, era o titular do benefício de amparo social ao idoso nº 88/520.662.251-2. O réu, LUIS CARLOS CORREA, era procurador do seu genitor (fls. 06 e 10) e, como tal, sacava os valores depositados mensalmente pelo INSS.

Após o óbito do seu genitor, em outubro de 2007 (fl. 23), continuou sacando os valores depositados pelo INSS, até janeiro de 2010, quando o benefício foi suspenso.

Por ocasião da suspensão do benefício, o réu declarou ao INSS que continuou a receber o benefício após o óbito do pai porque “achava que o benefício estava em seu nome e teria direito ao benefício”. Bem assim, acrescentou que, “através da curatela comparecia ao banco e conseguia atualizar os dados sem a presença do Sr. Manoel Pereira da Silva” (f. 30).

Na fase inquisitiva, o réu declarou (fl. 81):

(...) 3) confirma que era a pessoa que recebia o benefício de seu pai, sendo que era o declarante quem cuidava de Manoel, utilizando o valor da aposentadoria recebida para compra de alimentos e remédios para seu genitor; 4) informa que não comunicou ao INSS o falecimento de seu pai, alegando que não sabia que seria necessário tal comunicado; 5) confirma que continuou recebendo a aposentadoria de seu pai após o falecimento deste, haja vista que por ter sofrido um acidente e ficado com sequelas, além de estar cometido de outros males, o declarante acreditava que seria transferido automaticamente, deixando de receber os valores após a suspensão do pagamento (...)

Na fase judicial o réu também admitiu a autoria delitiva (mídia fl. 161). Confessou ter-se utilizado dos importes depositados pelo INSS em nome do seu genitor.

Em contrapartida, aduziu que não houve dolo em sua conduta porquanto acreditou na legalidade do recebimento do benefício. Aduziu, em suma, que acreditava que o benefício era seu após o óbito do seu genitor. Acrescentou ainda que passava por perícias, regularmente, e que o cartão do benefício era em seu nome.

As alegações do réu não se sustentam. O réu afirmou que acreditou que o benefício fosse seu porque era ele quem passava por perícia no INSS. No entanto, o benefício de prestação continuada não exige a realização de perícia médica. Da mesma forma, não conseguiu comprovar a alegação de que o cartão para saque do benefício estaria em seu nome, o que seria facilmente demonstrado com a juntada do mesmo. Assim, as alegações do réu destoam do conjunto probatório e não são amparadas em qualquer prova.

O titular do benefício faleceu em 2007 e, até 2010, o réu comparecia ao INSS para recadastramento, ratificando que seu genitor estava vivo. Caso contrário, o benefício teria sido suspenso antes.

Acresça-se ainda que, quando assumiu o compromisso de receber o benefício em nome de seu pai, o réu foi cientificado de que seria obrigado a “empregar as importâncias recebidas do benefício do segurado, para sustento do mesmo” (fl. 15), o que também denota a ciência do acusado acerca da irregularidade da percepção do benefício após o óbito do seu titular.

Ademais, a alegação de que não sabia que estava cometendo um delito não tem o condão de ilidir a conduta criminosa. Isso porque o erro de proibição somente se verifica quando o agente não tem possibilidade de saber que o fato é proibido.

Possíveis falhas no INSS, que não identificou o óbito do titular do benefício previdenciário, não têm o condão de absolver ou justificar a conduta criminosa, em razão da obrigação do apelante de interromper, o quanto antes, os saques indevidos do benefício previdenciário.

Assim, verifica-se que o acusado agiu com o elemento volitivo doloso, necessário à configuração da conduta descrita no tipo penal do artigo 171, *caput* e § 3º, do CP.

Da dosimetria

1ª Fase

Na primeira fase da dosimetria da pena, a pena-base deve ser exasperada para 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, uma vez que revelam-se desfavoráveis as consequências do delito.

De fato, o prejuízo causado aos cofres públicos com o pagamento de benefício previdenciário indevido, no montante de R\$ 14.695,63 (quatorze mil seiscentos e noventa e cinco reais e sessenta e três centavos) (agosto de 2012), deve ser valorado negativamente.

Assim, a pena-base deve ser fixada em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

2ª Fase

Na segunda fase, não verifico nenhuma agravante.

Por outro lado, o réu confessou ter sacado o dinheiro depositado mensalmente pelo INSS.

A confissão do acusado, porque espontânea, ou seja, sem a intervenção de fatores externos, autoriza o reconhecimento da atenuante genérica, inclusive porque foi utilizada como um dos fundamentos da condenação.

Dessa forma, a pena resta provisoriamente fixada em 01 (um) ano, de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

3ª Fase

Na terceira fase da dosimetria, não verifico nenhuma causa de diminuição da pena.

Em contrapartida, a pena deve ser majorada em 1/3, por força do disposto no § 3º, do art. 171 do Código Penal já que se trata de crime cometido em detrimento do INSS.

Saliento que, tratando-se de crime permanente (REsp 1206105/RJ), não há que se falar em continuidade delitiva.

Sendo assim, a pena resta definitivamente fixada em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Do regime inicial de cumprimento de pena e da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos

Fixo o regime inicial aberto para cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, c do Código Penal.

Presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, considerando que as circunstâncias indicam que as penas substitutivas são suficientes à repressão e prevenção do crime cometido.

Desse modo, determino a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em uma pena de prestação de serviços à comunidade, pelo período da pena substituída e conforme critérios estabelecidos pelo Juízo da Execução, e uma pena de prestação pecuniária.

Saliente-se que a pena pecuniária substitutiva da pena privativa de liberdade deve ser fixada de maneira a garantir a proporcionalidade entre a reprimenda substituída e as condições econômicas do condenado, além do dano a ser reparado.

In casu, consideradas essas premissas, fixo a pena pecuniária em um salário mínimo. A pena deve ser revertida em benefício do INSS.

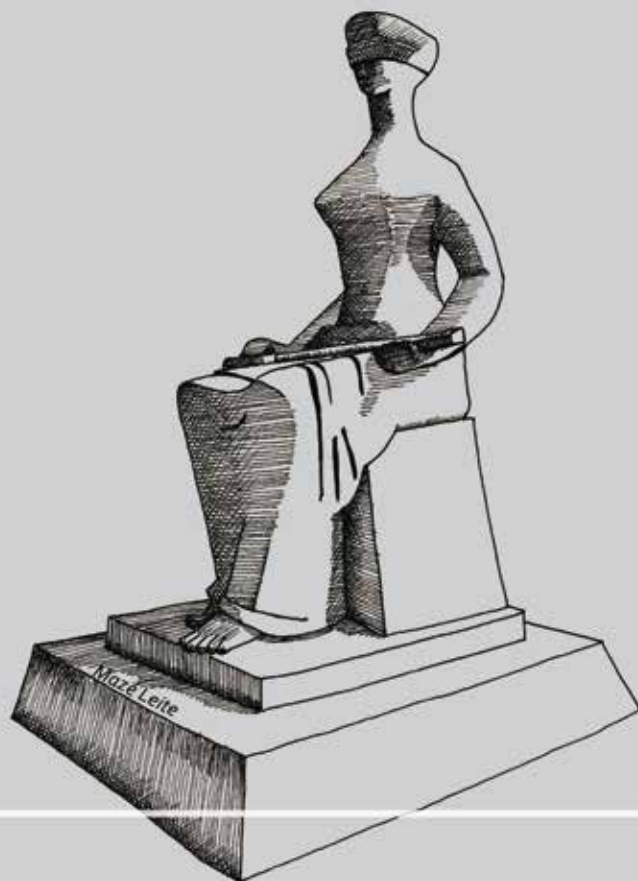
Dispositivo

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso ministerial para condenar o réu LUIS CARLOS CORREA como incurso no art.171,§ 3º, do CP e fixar a pena em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 13 (treze) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de direitos.

É como voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

Direito Previdenciário



AGRAVO LEGAL EM EMBARGOS INFRINGENTES

0005137-46.2002.4.03.6119

(2002.61.19.005137-0)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 199/203

Interessado: JAIRO DA SILVA OLIVEIRA

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Classe do Processo: EI 982046

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/08/2016

EMENTA

EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE. ÓBITO DA ESPOSA EM 06.12.1990, NA VIGÊNCIA DO DECRETO Nº 89.312/84. DEPENDÊNCIA DO MARIDO, MESMO NÃO SENDO INVÁLIDO. PRECEDENTES DO STF. AUTO-APLICABILIDADE DO ARTIGO 201, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1 - O artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973 não excepciona qualquer recurso do seu âmbito de aplicação. Nesse sentido, o Regimento Interno desta Corte, depois da Emenda Regimental nº 12, de 18 de dezembro de 2012, sufragou o procedimento de julgamento dessa norma ao dispor no artigo 260, § 3º, incisos I e II, a possibilidade de julgamento monocrático de Embargos Infringentes.

2 - Desnecessidade de jurisprudência unânime para julgamento monocrático utilizando-se da sistemática prevista no artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973.

3 - O provimento dos Embargos Infringentes teve como supedâneo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de modo que restou obedecido o requisito legal previsto no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil de 1973.

4 - O Supremo Tribunal Federal tem entendimento pacífico de que o princípio da isonomia resta violado por lei que exige do marido, para fins de recebimento de pensão por morte da segurada, a comprovação do estado de invalidez.

5 - A Suprema Corte entende que as situações em que os óbitos ocorreram entre a data do advento da Constituição Federal de 1988 e a data da edição da Lei nº 8.213/1991, deverão ser reguladas direta e imediatamente pelo disposto no artigo 201, inciso V, da Carta Magna, que equiparou homens e mulheres para efeito de pensão por morte.

6 - Nega provimento ao agravo legal.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 28 de julho de 2016.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Trata-se de Agravo Legal interposto às fls. 208/215 pelo Instituto Nacional do Seguro Social em face da decisão monocrática que, com fundamento no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil de 1973, deu provimento aos Embargos Infringentes, a fim de que prevalecesse o voto vencido, que concedia o benefício de pensão por morte.

O Agravante sustenta, em síntese, que não é possível o julgamento dos Embargos Infringentes mediante a sistemática do artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973 e que os requisitos para a aplicação da referida norma processual não restaram atendidos, pois “houve divergência no julgado recorrido, no que tange a comprovação do preenchimento do quesito miserabilidade, condição indispensável ao deferimento do benefício assistencial” (*sic*).

No mérito, aduz que “os benefícios previdenciários são regidos pelo princípio *tempus regit actum*, devendo, assim, ser aplicada a legislação vigente a época do óbito (...) que o autor da ação não é inválido. Assim, não é considerado dependente de sua falecida esposa, óbito ocorrido em 06.12.1990, nos termos do Decreto 89.312/84, vigente à época do óbito. Não havendo comprovação da invalidez do recorrente, pois apto ao trabalho, imperioso negar-lhe o benefício de pensão por morte”.

Assevera que “ao considerar auto-aplicável o artigo 201, inciso V, da Constituição da República de 1988, o decisório recorrido afrontou o comando constitucional nele contido, qual seja, o de que a eficácia dessa norma é condicionada à regulamentação legal, pelo quê, fica demonstrada a contrariedade a dispositivo constitucional, a ar supedâneo ao presente recurso. Além disso, o v. acórdão também violou os artigos 5º, inciso I, e 195, “caput” e § 5º, da Constituição Federal”.

O Ministério Público Federal anotou à fl. 217 que a decisão, no mérito, está em consonância com a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal.

O agravo foi protocolado tempestivamente.

É o relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Não procede a insurgência do agravante.

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

Vistos.

Trata-se de Embargos Infringentes opostos pela parte autora em face de acórdão prolatado pela Nona Turma desta Corte, que, por maioria, deu provimento à remessa oficial e à apelação do INSS, cassando a tutela antecipada concedida na sentença.

A sentença prolatada em Primeira Instância julgou procedente a presente ação, condenando o INSS a manter o benefício de pensão por morte, concedido em sede de tutela antecipada, bem como que procedesse ao pagamento das diferenças verificadas desde 29.10.1997, ou seja, as parcelas não atingidas pela prescrição (fls. 116/121).

Por sua vez, o acórdão embargado (fls. 137/151), por maioria, deu provimento à remessa oficial

e à apelação do INSS para julgar improcedente o pedido inicial.

O embargante alega que deve prevalecer o voto vencido, requerendo, preliminarmente, a manutenção da tutela antecipada concedida em Primeira Instância, até o trânsito em julgado da ação. No mérito, alega que a Constituição Federal veda discriminações em relação ao sexo, salvo as expressamente consignadas em seu próprio texto. Assim, após sua promulgação, não há como se aplicar a distinção feita pelo artigo 10, inciso I, do Decreto nº 89.312, de 23 de janeiro de 1984, no sentido de que apenas o marido inválido poderia ser dependente da esposa. Requer, dessa maneira, que lhe seja concedido o benefício de pensão por morte requerido (fls. 163/173).

Às fls. 178/179 foi juntado pedido de manutenção da tutela antecipada até o trânsito em julgado do processo.

A autarquia previdenciária prestou informação sobre a suspensão do benefício (fl. 182).

O despacho proferido à fl. 193 consignou que o requerimento de antecipação da tutela não poderia ser analisado, tendo em vista o exaurimento do ofício jurisdicional da Turma.

Decurso do prazo para a apresentação de contrarrazões certificado à fl. 195.

Os embargos infringentes foram admitidos à fl. 196.

É o *Relatório*.

Decido.

Inicialmente, é necessário ressaltar não haver óbice ao julgamento monocrático de embargos infringentes, utilizando-se da sistemática do artigo 557 do Código de Processo Civil. Nenhum recurso é excepcionado pelo dispositivo em tela e sua aplicação requer tão somente a existência de súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, quando for negado seguimento ao recurso (art. 557, *caput*, do CPC). Porém, se o caso for de provimento do recurso, basta que a decisão recorrida esteja em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º-A, do CPC).

Nesse sentido, são os arestos abaixo colacionados desta Corte:

“PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. VALIDADE. ROUBO DE JÓIAS EMPENHADAS. INDENIZAÇÃO PELO VALOR REAL DE MERCADO. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO. I - Não há impedimento legal no sentido do julgamento dos embargos infringentes de forma monocrática (artigo 557 do Código de Processo Civil) pelo seu Relator. O que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça veda é o julgamento dos embargos infringentes pelo próprio Relator do Acórdão do recurso de apelação ou pelo mesmo órgão que apreciou aquele recurso. II - É abusiva a cláusula que prevê, em caso de extravio ou de dano do bem dado em garantia, a indenização ao índice de uma vez e meia sobre o valor da avaliação. Ademais, a avaliação unilateral, realizada por funcionários da CEF, não dispensa reexame na via judicial, na medida em que cabe ao Poder Judiciário coibir os abusos por ventura existentes em contratos de tal natureza. III - No que tange à ausência de culpa ou dolo por parte da ré, no fato que ocasionou o desaparecimento dos bens dados em garantia, não interfere em sua responsabilidade perante os autores, em virtude da sua condição de instituição financeira depositária. IV - O credor pignoratício assume o status de depositário dos bens empenhados, respondendo pela perda ou deterioração que a coisa vier a sofrer, salvo nas hipóteses de força maior, caso fortuito ou culpa da vítima. Entretanto, os casos de roubo/furto a bancos não se inserem em tais excludentes, tendo em vista que a própria natureza da atividade bancária pressupõe a prevenção contra tais riscos, cabendo à instituição financeira tomar as medidas necessárias para evitar a ocorrência desses eventos. V - Preliminar de nulidade do julgamento monocrático rejeitada. Recurso desprovido.” (EI 00216797020004036100, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - PRIMEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

“AGRAVO EM EMBARGOS INFRINGENTES INTERPOSTOS CONTRA ACÓRDÃO NÃO UNÂNIME DE TURMA. DECISÃO MONOCRÁTICA DANDO PROVIMENTO AO RECURSO, COM FULCRO NO ART. 557, § 1º-A, DO CPC. POSSIBILIDADE. TERMO INICIAL, COR-

REÇÃO MONETÁRIA E JUROS FIXADOS NA CITAÇÃO. APOSENTADORIA POR IDADE. LEI 10666/03. IRRELEVÂNCIA. *Não existe impedimento à aplicação do Art. 557 do CPC no julgamento monocrático de embargos infringentes, uma vez que o próprio dispositivo não os excepciona. O Art. 557, § 1º-A, do CPC exige súmula ou jurisprudência dominante, e não uníssona, de modo que o fato de haver divergência sobre a matéria neste Regional, conforme restou constatado no julgamento não unânime da apelação, não afasta a aplicação desse permissivo processual.* Advento da Lei 10666/03. Não houve verdadeira inovação legislativa nessa seara, porquanto as interpretações das regras existentes já autorizavam a concessão do benefício nessas circunstâncias, razão pela qual não há que se conclamar contra a retroatividade da Lei 10.666/03 para fins de fixação do termo inicial do benefício, pois de retroatividade não se trata. A citada lei é que aportou tardiamente no ordenamento jurídico, declarando o que uma interpretação sistemática e teleológica das leis já existentes prediziam. Não possui o condão, entretanto, a aparente inauguração legislativa de excepcionar a firme jurisprudência no sentido que o termo inicial do benefício deve ser fixado a partir da data da citação, na ausência de prévio requerimento administrativo, pois somente a contar desse ato processual o INSS tomou ciência do pedido do segurado, incidindo, por conseguinte, nesse momento, a correção monetária e os juros de mora. Agravo ao qual se nega provimento”.

(EI 00104319520004036104, DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, TRF3 - TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/04/2011 PÁGINA: 38 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

“AGRAVO LEGAL EM EMBARGOS INFRINGENTES JULGADOS MONOCRATICAMENTE - PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL - PRESENÇA DE CONDIÇÕES LEGAIS PARA O JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO RECURSO - RELAÇÃO DE EMPREGO DA FARMACÉUTICA, RESPONSÁVEL TÉCNICA, PREVISTA NO ARTIGO 16 DA LEI Nº 5.991/73 - CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - REQUISITOS PARA CONSTITUIÇÃO VÁLIDA - AGRAVO IMPROVIDO. 1. O agravo regimental interposto deve ser recebido como agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil em observância ao princípio da fungibilidade recursal. 2. O art. 557 do Código de Processo Civil autoriza o relator a julgar monocraticamente qualquer recurso - e também a remessa oficial, nos termos da Súmula nº 253 do Superior Tribunal de Justiça - desde que sobre o tema recorrido haja jurisprudência dominante em Tribunais Superiores; foi o caso dos autos. 3. A embargante não logrou desconstituir o título executivo já que o fundamento (caracterização de vínculo empregatício) restou inalterado ante a falta de prova concreta em sentido contrário, uma vez que o responsável técnico pela atividade fim da empresa conforme disposição legal deve figurar como empregado da empresa. 4. O Instituto Nacional do Seguro Social possui atribuições de fiscalização inclusive no tocante ao enquadramento de supostos prestadores de serviços como segurados empregados. 5. Agravo legal improvido”. (grifei)

(EI 00039852519854036000, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - PRIMEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/08/2010 PÁGINA: 39 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

O Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, mediante a Emenda Regimental nº 12, de 18 de dezembro de 2012, consolidou o entendimento acima sufragado ao dispor no artigo 260, § 3º, incisos I e II a possibilidade de julgamento monocrático de Embargos Infringentes, quando a matéria versada nos autos amoldar-se às exigências previstas no *caput* ou § 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil.

No caso vertente, encontram-se presentes as condições necessárias ao julgamento monocrático dos embargos infringentes opostos pela parte autora, tendo em vista que a matéria, objeto de divergência, possui entendimento pacífico no Supremo Tribunal Federal, devendo, no caso concreto, prevalecer a solução adotada pelo voto minoritário.

Pois bem.

É pacífico o entendimento de que, em se tratando de pensão por morte, a lei que rege sua concessão é aquela vigente à data do óbito. Nesse sentido, inclusive, foi editada a Súmula nº 340

do Colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado”.

Porém, com a promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro de 1988, em que ficou estabelecida a igualdade entre os sexos, a norma inserta no artigo 10, inciso I, do Decreto nº 89.312/1984, que somente considerava o marido inválido como dependente da esposa não restou recepcionada pelo novo ordenamento constitucional. Desse modo, esse dispositivo não era vigente à época em que ocorreu o óbito da segurada (06.12.1990).

Nesses casos, ressalto que a 3ª Seção desta Corte ainda não pacificou o entendimento acerca do tema, havendo decisões que consideram imperiosa aplicação da norma da antiga LOPS, no caso do óbito ter ocorrido no período compreendido entre a data da promulgação da Constituição Federal e a vigência da Lei nº 8.213/1991, como, por exemplo, o julgado proferido na Ação Rescisória nº 00244449720084030000 de relatoria do Desembargador Federal Sérgio Nascimento, Todavia, outras se filiam à corrente que pugna ser desnecessária a invalidez do marido, no caso do óbito da esposa nesse período, tendo em vista o novo arcabouço constitucional, podendo ser citado nesse sentido o julgado proferido nos Embargos Infringentes nº 00416423120054039999 de relatoria do Desembargador Federal Walter do Amaral.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento pacífico de que o princípio da isonomia resta violado por lei que exige do marido, para fins de recebimento de pensão por morte da segurada, a comprovação do estado de invalidez, conforme decisão do Plenário no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 385.397, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJe de 06.09.2007.

Embora a situação tratada no julgamento do recurso acima mencionado esteja relacionada a Regime Próprio da Previdência Social, a regra isonômica nele deduzida tem aplicabilidade no Regime Geral da Previdência Social, como bem ilustrou em seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 352.744, cujo trecho transcrevo abaixo:

“A bem da verdade, o procedente firmado no RE 385.397AgRE não se ajusta perfeitamente à espécie, visto que, naquela ocasião, o Supremo examinou legislação estadual aplicável aos servidores vinculados ao regime próprio. O presente caso, todavia, envolve situação jurídica sujeita à incidência da legislação aplicável ao regime geral da previdência.

De qualquer sorte, o presente agravo não merece prosperar. É que, apesar da dessemelhança apontada, aplica-se a este caso a mesma razão de decidir empregada no referido precedente. Com efeito, no RE 385.397-AgR, fundamentou-se o voto condutor no princípio da isonomia, dada a ausência de razoabilidade da legislação lá impugnada, que restringia o deferimento de pensão por morte a cônjuge varão inválido. Neste caso, igualmente, a legislação aplicável à situação jurídica debatida é o Decreto 83.080/79, que condiciona a fruição do benefício à invalidez do marido (art. 12, I). Resulta, nítida, pois, a incidência do princípio da isonomia, a permitir a concessão do benefício ao agravado.

Por outro lado, consta do próprio do RE 385.397-AgR um obiter dictum esclarecedor: a certa altura, o Ministro Sepúlveda Pertence averbou que, fosse a causa sujeita às regras do regime geral de previdência, incidiria a isonomia imposta pelo artigo 201, V, da Constituição, de ‘aplicabilidade imediata e independentemente de fonte de custeio’. (grifei)

Nesses casos, a Corte Suprema entende que as situações em que os óbitos ocorreram entre a data do advento da Constituição Federal de 1988 e a data da edição da Lei nº 8.213/1991, deverão ser regulados direta e imediatamente pelo disposto no artigo 201, inciso V, da Carta Magna, que equiparou homens e mulheres para efeito de pensão por morte.

Esse entendimento, deste então, tem sido reiteradamente confirmado no âmbito da Corte Suprema, conforme ilustram os julgados abaixo colacionados:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONCESSÃO AO CÔNJUGE VARÃO. ÓBITO DA SEGURADA ANTERIOR AO ADVENTO DA LEI Nº 8.213/91. EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE INVALIDEZ.

VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. ARTIGO 201, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUTOAPLICABILIDADE. 1. O Princípio da Isonomia resta violado por lei que exige do marido, para fins de recebimento de pensão por morte da segurada, a comprovação de estado de invalidez (Plenário desta Corte no julgamento do RE nº 385.397-AgR, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJe 6.9.2007). A regra isonômica aplicada ao Regime Próprio de Previdência Social tem aplicabilidade ao Regime Geral (RE nº 352.744-AgR, Relator o Ministro JOAQUIM BARBOSA, 2ª Turma, DJe de 18.4.11; RE nº 585.620-AgR, Relator o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, 1ª Turma, DJe de 11.5.11; RE nº 573.813-AgR, Relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 17.3.11; AI nº 561.788-AgR, Relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 22.3.11; RE 207.282, Relator o Ministro CEZAR PELUSO, 2ª Turma, DJ 19.03.2010; entre outros). 2. *Os óbitos de segurados ocorridos entre o advento da Constituição de 1988 e a Lei 8.213/91 regem-se, direta e imediatamente, pelo disposto no artigo 201, inciso V, da Constituição Federal, que, sem recepcionar a parte discriminatória da legislação anterior, equiparou homens e mulheres para efeito de pensão por morte.* 3. *Agravo regimental não provido*". (grifei)

(Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 607.907, Ministro Luiz Fux, Supremo Tribunal Federal - 1ª Turma, j. 21.06.2011, DJE em 01.08.2011)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CÔNJUGE VARÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. DIREITO RECONHECIDO. PRECEDENTES. 1. É firme o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que afronta o princípio constitucional da isonomia lei que exige do marido, para fins de recebimento de pensão por morte da mulher, a comprovação de estado de invalidez. Inclusão de cônjuge varão como dependente da autora perante o instituto de previdência. Precedentes. 2. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão recorrida. 3. *Agravo regimental a que se nega provimento*". (grifei)

(Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 563.953, Ministra Ellen Gracie, Supremo Tribunal Federal - 2ª Turma, j. 14.12.2010, DJE em 07.02.2011)

"CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. 1. PENSÃO POR MORTE. CÔNJUGE VARÃO. EXIGÊNCIA DE INVALIDEZ. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. DECISÃO QUE RECONHECEU A CÔNJUGE DE SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL O DIREITO À PENSÃO POR MORTE. PRECEDENTES DO PLENÁRIO E DE AMBOS OS ÓRGÃOS FRACIONÁRIOS. 2. ALEGAÇÃO DO BENEFICIÁRIO DA PENSÃO DE AUSÊNCIA DA INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. 1. É firme o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que afronta o princípio constitucional da isonomia lei que exige do marido, para fins de recebimento de pensão por morte da mulher, a comprovação de estado de invalidez. Precedentes: REs 385.397-AgR, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; 433.135-AgR, da relatoria do ministro Marco Aurélio; 452.615-AgR, da relatoria do ministro Menezes Direito; 451.447-AgR, da relatoria do ministro Eros Grau; e 562.365-AgR, da relatoria do ministro Gilmar Mendes. 2. A sentença de primeiro grau condenou o beneficiário ao pagamento de R\$ 1.000 (um mil reais) e a decisão ora agravada não se pronunciou sobre a inversão dos ônus sucumbenciais alusivos aos honorários advocatícios. Cabível, no ponto, portanto, a insurgência do beneficiário da pensão por morte. Agravo regimental do instituto de previdência desprovido. Agravo regimental do beneficiário a que se dá parcial provimento". (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 499.551, Ministro Carlos Britto, Supremo Tribunal Federal - 1ª Turma, j. 09.06.2009, DJE em 14.08.2009)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENSÃO. EXTENSÃO. CÔNJUGE VARÃO. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 385.397-AgR, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, na Sessão do dia 29 de junho de 2007, decidiu que viola o princípio da isonomia lei que exige do marido, para fins de recebimento de pensão por morte da mulher, a comprovação da condição de invalidez. 2. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para negar provimento ao recurso

extraordinário interposto pelo IPSEMG”. (grifei)

(Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 429.931, Ministro Eros Grau, Supremo Tribunal Federal - 2ª Turma, j. 16.10.2007, DJE em 14.11.2007)

Desse modo, conforme demonstrado acima, a pretensão do embargante deverá ser acolhida *in totum*.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, DOU PROVIMENTO aos embargos infringentes, a fim de que prevaleça o voto vencido.

Considerando que os recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo (art. 542, § 2º, do CPC), nos termos do artigo 461 do Código de Processo Civil, determino desde já a expedição de ofício ao INSS, instruído com cópia da petição inicial, dos documentos de identificação da parte Autora, das procurações, da Sentença e da íntegra desta decisão, a fim de que, naquela instância, sejam adotadas as providências necessárias à imediata reimplantação do benefício NB 121.719.496-4.

Após o decurso de prazo, baixem os autos ao Juízo de origem.

Int.

Pois bem.

A autarquia previdenciária afirma não ser possível a utilização da sistemática prevista no artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973 para o julgamento dos Embargos Infringentes. Todavia, como destacado na decisão agravada, o artigo em tela não excepcionava qualquer recurso para sua aplicação. Inclusive, o próprio Regimento Interno desta Corte sufragava o procedimento adotado ao dispor no artigo 260, § 3º, incisos I e II, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 12, de 18 de dezembro de 2012, a possibilidade de julgamento monocrático de Embargos Infringentes.

Ainda em sede de preliminares, a autarquia afirma que a aplicação do artigo em tela se deu de forma errônea, visto que não se pautou pelos critérios exigidos no artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973.

De qualquer maneira, volto a ressaltar, como já discorreu a decisão agravada, que o julgamento monocrático apenas exige “súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, quando for negado seguimento ao recurso (art. 557, *caput*, do CPC). Porém, se o caso for de provimento do recurso, basta que a decisão recorrida esteja em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º-A, do CPC)”. Não existe necessidade de jurisprudência unânime para aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973.

No caso dos autos, foi dado provimento aos Embargos Infringentes, tendo a decisão agravada se pautado em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de modo que obedeceu ao requisito legal previsto no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil de 1973.

Ressalto que a alegação de divergência “no que tange a comprovação do preenchimento do quesito miserabilidade, condição indispensável ao deferimento do benefício assistencial” está dissociada do objeto do presente processo, que trata da concessão de pensão por morte.

No mérito, a autarquia previdenciária assevera que seu marido somente poderia ser considerado dependente da sua esposa caso fosse inválido, nos termos do Decerto 89.312/84, uma vez que o óbito ocorreu em 06.12.1990.

Acerca desse tema, a decisão agravada fez constar à fl. 201 verso que:

Todavia, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento pacífico de que o princípio da isonomia resta violado por lei que exige do marido, para fins de recebimento de pensão por morte da segurada, a comprovação do estado de invalidez, conforme decisão do Plenário no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 385.397, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJe de 06.09.2007.

Embora a situação tratada no julgamento do recurso acima mencionado esteja relacionada a Regime Próprio da Previdência Social, a regra isonômica nele deduzida tem aplicabilidade no Regime Geral da Previdência Social, como bem ilustrou em seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 352.744, cujo trecho transcrevo abaixo:

(...)

Na esteira do entendimento da decisão agravada, transcrevo as ementas dos julgados abaixo:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FALECIMENTO DA ESPOSA. ÓBITO POSTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E ANTERIOR À LEI 8.213/91. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E QUALIDADE DE SEGURADA DA FALECIDA. 1. Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela parte autora contra sentença que julgou procedente o pedido de pensão por morte, determinando o restabelecimento do benefício a partir da citação válida, com fulcro no art. 219 do Código de Processo Civil (CPC). 2. *Cumpra esclarecer que nos termos da Súmula nº 340 do Superior Tribunal de Justiça, a concessão do benefício de pensão por morte deve ser regida pela legislação vigente à época do óbito do segurado (D.O.: 08/09/1989). Aplicação do princípio do tempus regit actum.* 3. *À época do falecimento da esposa do autor vigia o Decreto nº 89.312, de 23/01/1984, o qual definia em seu artigo 10, inciso I, o rol de dependentes do segurado. Nos termos da referida legislação, o marido, em princípio - com exceção do inválido -, não era considerado dependente da esposa, não tendo direito, portanto, ao benefício de pensão por morte.* 4. *Todavia, à luz do art. 5º, I, da CF/88 e inciso V, do art. 201 do mesmo Diploma, - segundo o qual é assegurada a concessão de “pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes” -, entende o STF que desde o advento da Constituição vigente não haveria justificativa para a discriminação entre homens e mulheres, equiparando-se os mesmos para fins de pensão por morte. Precedentes do STF: RE 493892 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 27/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2013 PUBLIC 11-09-2013; RE 607907 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 21/06/2011, DJe-146 DIVULG 29-07-2011 PUBLIC 01-08-2011. (...). (grifei)*

(APELREEX 00033567620114058201, Desembargador Federal Fernando Braga, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data::25/07/2014 - Página::151.)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CLPS/84. QUALIDADE DE SEGURADO. MARIDO NÃO INVÁLIDO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. PROCEDÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. I. No que pertine à condição de segurada da de cujus junto à Previdência Social, restou esta devidamente comprovada, pois a falecida exerceu atividade com registro em carteira de trabalho até 18-03-1988 e o óbito ocorreu em 18-11-1988. II. No tocante ao cumprimento do requisito da carência de 12 (doze) contribuições mensais, restou este devidamente comprovado, pois a de cujus exerceu atividade com registro em carteira de trabalho de 01-08-1983 a 18-03-1988. III. *A Constituição Federal, ao referir-se no artigo 201, inciso V, à expressão “cônjuge”, revogou nessa parte a exigência de invalidez do marido prevista no artigo 10 da CLPS de 84, visto que restou incompatível essa situação de invalidez com a*

*norma constitucional. IV. Sendo assim, o fato do marido não ser inválido não constitui óbice à caracterização de sua condição como dependente, pois a redação do inciso I do artigo 10 da CLPS de 84 não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, em vigor à época do óbito da esposa da parte autora. V. Em relação ao cônjuge a dependência econômica é presumida, a teor do art. 12 do Decreto nº 89.312, de 23-01-1984. VI. As parcelas em atraso devem ser corrigidas monetariamente nos termos do disposto no na Resolução nº 561, de 02-07-2007, do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, observando-se a Súmula nº 08 desta Corte Regional e a Súmula nº 148 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. VII. Juros de mora devidos à razão de 12% (doze por cento) ao ano, a contar da citação, conforme Enunciado nº 20 aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VIII. Os honorários advocatícios são fixados em 10% (dez por cento) sobre o total da condenação, excluídas as parcelas vincendas, considerando-se as prestações vencidas as compreendidas entre o termo inicial do benefício e a data da sentença (Súmula nº 111 do STJ). IX. Remessa oficial e apelação do INSS parcialmente providas. (grifei)
 (APELREEX 00402132920054039999, DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL, TRF3 - SÉTIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/02/2010 PÁGINA: 761 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)*

Por fim, quanto à autoaplicabilidade do artigo 201, inciso V, da Constituição Federal, a decisão agravada asseverou à fl. 202 que:

a Corte Suprema entende que as situações em que os óbitos ocorreram entre a data do advento da Constituição Federal de 1988 e a data da edição da Lei nº 8.213/1991, deverão ser regulados direta e imediatamente pelo disposto no artigo 201, inciso V, da Carta Magna, que equiparou homens e mulheres para efeito de pensão por morte. Esse entendimento, deste então, tem sido reiteradamente confirmado no âmbito da Corte Suprema, conforme ilustram os julgados abaixo colacionados: (...).

Na linha da decisão monocrática, cito os precedentes abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. ÓBITO DA ESPOSA ANTERIOR À LEI 8.213/91 E POSTERIOR A CF/88. APLICAÇÃO DO ART. 201, V, DA CF. VIÚVO. DEPENDÊNCIA PRESUMIDA. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS. TUTELA ANTECIPADA. 1. A concessão de pensão por morte rege-se pela lei vigente na data de falecimento do instituidor. 2. A promulgação da Constituição Federal de 1988, a igualdade entre os sexos alcançou status de direito fundamental, nos termos do art. 5º, I, cuja aplicabilidade é imediata. Desse modo, a norma do Decreto 89.312/84, na parte em que condiciona apenas ao marido inválido a possibilidade de obter os benefícios próprios do dependente, conflita com a nova ordem constitucional, não tendo sido, portanto, recepcionada. Precedentes. 3. O benefício de pensão por morte pressupõe: a) óbito do instituidor que mantinha a condição de segurado; b) qualidade de dependente; e c) dependência econômica (art. 74 da Lei 8.213/91). 4. Preenchidos os requisitos necessários, forçoso reconhecer o direito do autor ao recebimento do benefício de pensão por morte de sua esposa. 5. No que tange ao termo inicial do benefício, este deve ser a data do óbito do ex-segurado, observada a prescrição quinquenal das parcelas, nos termos do art. 8º da Lei Complementar nº 16/73, vigente à época do óbito da segurada. Precedente. 6. Correção monetária e juros de mora nos termos do MCCJF. 7. No tocante aos honorários de advogado, esta Corte estabilizou o entendimento de que são devidos na ordem de 10% sobre o valor da condenação, correspondente às parcelas vencidas até o momento da prolação da sentença, de acordo com a Súmula nº 111

do Superior Tribunal de Justiça e artigo 20, § 3º, do CPC. 8. Nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição federal (§3º do art. 109 da CF/88), o INSS está isento das custas somente quando lei estadual específica prevê a isenção, o que ocorre nos estados de Minas Gerais, Goiás, Rondônia e Mato Grosso. 9. Comprovado o direito à percepção do benefício previdenciário pela parte autora, por tratar-se verba de natureza alimentícia devida a segurado de idade avançada e, ainda, porque os recursos eventualmente interpostos contra o acórdão têm previsão de ser recebidos apenas no efeito devolutivo, deverá o Instituto implantar imediatamente o benefício. Isto em respeito ao princípio da celeridade processual e em obediência ao comando constitucional que garante uma prestação jurisdicional em tempo razoável (art. 5º LXXVIII CF/88). 10. Apelação do autor parcialmente provida, nos termos dos itens 2 a 9. (grifei)(AC 00719391120094019199, JUIZ FEDERAL CLEBERSON JOSÉ ROCHA (CONV.), TRF1 - SEGUNDA TURMA, e-DJF1 DATA:15/04/2015 PAGINA:739.)

PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE DE COMPANHEIRA - ÓBITO OCORRIDO NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ANTERIORMENTE À LEI 8.213/91 - ART. 201, V, DA CF - APLICABILIDADE IMEDIATA - INAPLICABILIDADE DA VEDAÇÃO DO ART. 10, I, DO DECRETO 89.312/84 - DIREITO DO COMPANHEIRO AO BENEFÍCIO - COMPROVAÇÃO DA CONVIVÊNCIA MORE UXORIO - PROLE EM COMUM - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ART. 20, § 4º DO CPC - CUSTAS PROCESSUAIS - ISENÇÃO DO PAGAMENTO PELO INSS - GRATUIDADE DE JUSTIÇA DEFERIDA AO AUTOR. 1. *Falecimento da segurada em 1990, quando já se encontrava em vigor a Constituição Federal de 1988, que, no art. 201, V, estabeleceu o direito à pensão por morte do segurado - homem ou mulher -, ao cônjuge ou companheiro.* 2. *O art. 201, V, da Constituição é norma de eficácia plena, pois representa desdobramento do Princípio da Igualdade, insculpido no inciso I do art. 5º como garantia fundamental, de aplicabilidade imediata (§ 1º do art. 5º da CF).* 3. *Inaplicabilidade do art. 10, I, do Decreto 89.312/84, porquanto tal dispositivo não foi recepcionado pela Carta Magna, a qual inseriu no ordenamento jurídico, em consagração à igualdade entre homens e mulheres, norma ampliativa do rol de dependentes do segurado, conferindo também ao companheiro o direito ao benefício.* 4. *A existência de prole em comum supre a ausência de outras provas da convivência more uxorio e da designação do companheiro pela segurada em vida. Precedentes.* 5. *A dependência econômica do companheiro é presumida, de acordo com o art. 12 do Decreto 89.312/84, c/c art. 201, V da CF.* 6. *Comprovadas, nos autos, por prova documental e testemunhal, a união estável entre o autor e a segurada falecida, bem como a dependência econômica do beneficiário.* 7. *Honorários advocatícios moderadamente fixados na sentença, em consonância com o disposto no art. 20, § 4º, do CPC.* 8. *Inexistência de valores a serem reembolsados pelo INSS a título de custas processuais, em virtude do deferimento da gratuidade de justiça ao apelado.* 9. *Apelação e remessa necessária, considerada interposta, parcialmente providas. (grifei)(AC 9802275280, Desembargador Federal PAULO BARATA, TRF2 - TERCEIRA TURMA, DJU - Data::29/09/2004 - Página::135.)*

Em suma, todas as questões aventadas pela autarquia previdenciária foram devidamente abordadas e rechaçadas pela decisão agravada, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de outros tribunais.

Importa ressaltar que o agravo deverá, necessariamente, demonstrar que o Relator julgou em desacordo com o precedente ou que este não se aplica à situação retratada nos autos, sendo descabida a sua interposição para reiteração de argumentos que já foram repelidos na decisão monocrática agravada.

In casu, a agravante não trouxe quaisquer elementos aptos à modificação do *decisum* ou que demonstrem ter havido ilegalidade ou abuso de poder na decisão agravada, o que poderia

ensejar a sua reforma. Trata-se, em verdade, de mera rediscussão de matéria já decidida, não merecendo reparos a decisão monocrática proferida.

Ante o exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL.**

É o voto.

Desembargador Federal **FAUSTO DE SANCTIS** - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0007507-79.2012.4.03.6108
(2012.61.08.007507-4)

Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS E VERA LUCIA BARROS FONSECA FERREIRA (= ou > de 60 anos)

Apelados: OS MESMOS

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN

Classe do Processo: AC 2030460

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/08/2016

DECISÃO

Trata-se de remessa oficial, apelação e recurso adesivo em ação ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando o reconhecimento de atividade especial e a revisão do benefício para aposentadoria especial ou, subsidiariamente a majoração de sua RMI.

A r. sentença de fls. 179/184 julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo a especialidade do período de 29/04/1995 a 07/01/2004, determinando a concessão da aposentadoria especial, com os consectários que especifica e fixou a data de início do benefício em 25/09/2012. Deixou de submeter a sentença ao reexame necessário.

Apela a autoria requerendo a fixação da data de início de benefício em 07/01/2004, data do primeiro requerimento que lhe deferiu a aposentadoria por tempo de contribuição, sob alegação de que o Perfil Profissiográfico Previdenciário e o Laudo Técnico foram produzidos posteriormente por culpa do recorrido que não prestou a devida orientação sobre a necessidade destes documentos para o reconhecimento da atividade especial. Prequestiona a matéria para fins recursais.

Em razões recursais de fls. 193/205, requer o INSS a reforma da decisão, ao fundamento de que não restou demonstrada a especialidade do labor ante a extemporaneidade do Laudo Pericial e a ausência de fonte de custeio. Prequestiona a matéria para fins recursais.

Devidamente processado o recurso, subiram os autos a esta instância para decisão.

É o sucinto relato.

Decido.

Considerando a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil no dia 18 de março de 2016, cumpre tecer algumas considerações a respeito da legislação a ser aplicada no julgamento dos recursos interpostos de sentenças proferidas e publicadas em data anterior à referida data.

Entendo que nesta hipótese é perfeitamente cabível a decisão unipessoal do relator, tal como se posicionou o e. Desembargador Federal Johonsom di Salvo, com muita propriedade, nos autos da apelação nº 0016045-44.2010.4.03.6100/SP, *in verbis*:

Deve-se recordar que o recurso é regido pela lei processual vigente ao tempo da publicação da decisão recorrida. Nesse sentido firmou-se a jurisprudência da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. RECURSO ESPECIAL. ENTRADA EM VIGOR DA LEI 11.352/01. JUNTADA DOS VOTOS AOS AUTOS EM MOMENTO POSTERIOR. DIREITO INTERTEMPORAL. LEI APLICÁVEL. VIGENTE À ÉPOCA DA PUBLICAÇÃO. INCIDÊNCIA DA NOVA REDAÇÃO DO ART. 530 DO CPC. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOCORRÊNCIA.

1. Na ocorrência de sessão de julgamento em data anterior à entrada em vigor da Lei 11.352/01, mas tendo o teor dos votos sido juntado aos autos em data posterior, não caracteriza supressão de instância a não interposição de embargos infringentes, porquanto, na hipótese, *a lei vigente à época da publicação rege a interposição do recurso*.

2. Embargos de divergência providos”.

(EREsp 740.530/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/12/2010, DJe 03/06/2011)

“PROCESSO CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. RECURSO ESPECIAL. Na linha dos precedentes da Corte Especial, a lei vigente na data do julgamento, em que proclamado o resultado (art. 556, CPC), rege a interposição do recurso. Embargos de divergência conhecidos, mas não providos”.

(EREsp 615.226/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/08/2006, DJ 23/04/2007, p. 227).

Conforme a lição de *Pontes de Miranda*, a lei da data do julgamento regula o direito do recurso cabível, (“Comentários ao Código de Processo Civil”, Forense, 1975. T. VII, p. 44). Segue:

“O recurso interponível é aquele que a lei do momento da decisão ou da sentença, ou da deliberação do corpo coletivo, aponta como cabível. Se era irrecorrível, não se faz recorrível com a lei posterior, porque seria atribuir-se à regra jurídica retroeficácia, infringindo-se princípio constitucional. A eficácia que se reproduziu tem que ser respeitada (e.g., pode recorrer no prazo ‘x’); efeito novo não é de admitir-se. Nem se faz recorrível o que não o era; nem irrecorrível o que se sujeitava a recurso. Se a lei nova diz caber o recurso ‘a’ e a lei da data da decisão ou da sentença ou do julgamento referia-se ao recurso ‘b’, não se pode interpor ‘a’ em vez de ‘b’. Os prazos são os da data em que se julgou”.

Cumprе recordar que ao contrário do que ocorre em 1ª instância, o julgamento do recurso *não tem fases*, de modo que, sem desprezar o princípio *tempus regit actum*, é possível aplicar na apreciação do recurso interposto o quanto a lei existente ao tempo da decisão recorrida preconizava em relação a ele.

Nesse cenário, não é absurdo considerar que para as decisões publicadas até 17 de março de 2016 seja possível a decisão unipessoal do relator no Tribunal, *sob a égide do artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973*, que vigeu até aquela data. Mesmo porque o recurso possível dessa decisão monocrática continua sendo o agravo interno sob a égide do CPC/2015, como já era no tempo do CPC/73 que vigeu até bem pouco tempo.

Anoto inclusive que os Tribunais Superiores vêm aplicando o artigo 557 do CPC/73, mesmo após a vigência do CPC/2015, conforme se verifica das seguintes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça: *RE 910.502/SP*, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, decisão proferida em 18.03.2016, DJE 54/2016 divulgado em 22.03.2016; *ED no AG em RESP 820.839/SP*, Relator Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, decisão proferida em 18.03.2016, DJE 1935/2016 publicado em 22.03.2016; *RESP 1.248.117/RS*, Relator Min. HUMBERTO MARTINS, decisão proferida em 18.03.2016, DJE 1935/2016 publicado em 22.03.2016; *RESP 1.138.252/MG*, Relatora Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, decisão proferida em 18.03.2016, DJE 1935/2016 publicado em 22.03.2016; *RESP 1.330.910/SP*, Relator Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, decisão proferida em 18.03.2016, DJE 1935/2016 publicado em 22.03.2016; *RESP 1.585.100/RJ*, Relatora Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, decisão proferida em 18.03.2016, DJE 1935/2016 publicado em 22.03.2016.

Por comungar inteiramente dos fundamentos exarados na decisão supramencionada, adoto-os e passo a decidir o presente recurso seguindo a mesma linha, ou seja, monocraticamente, mormente por estarem presentes os requisitos estabelecidos na Súmula/STJ nº 568 e nos

limites que se deflui da interpretação sistemática das normas fundamentais do processo civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), uma vez que esta decisão está amparada em súmulas e precedentes dos tribunais superiores, fixados em jurisprudência estabilizada ou em julgados no regime de recursos repetitivos e de repercussão geral, em mecanismos de controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado) ou com base em texto de norma jurídica, conforme se depreende a seguir:

Condições da ação: RE 631240 (PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR); e Súmula/TRF3 nº 9 (DESNECESSIDADE DO EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVO).

Conversão de tempo de serviço especial em comum: ARE 664335 (USO DE EPI. INSALUBRIDADE. RUÍDO. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DA ATIVIDADE ESPECIAL EM RAZÃO DA DECLARAÇÃO DE NEUTRALIZAÇÃO DO AGENTE NO PPP. CUSTEIO DA ATIVIDADE ESPECIAL); REsp 1398260/PR (INSALUBRIDADE. LIMITES. RUÍDO. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO); REsp 1310034/PR (POSSIBILIDADE DA CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM DE ATIVIDADE EXERCIDA ANTES DA LEI Nº 6.887/1980); REsp 1151363/MG (POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL APÓS A LEI Nº 9.711/1998. FATOR DE CONVERSÃO) e; REsp 1306113/SC (ELETRICIDADE. INSALUBRIDADE. NATUREZA EXEMPLIFICATIVA DO ROL DOS AGENTES NOCIVOS PREVISTOS EM REGULAMENTO).

Consectários: REsp 1369165/SP (TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO); Súmula/STJ nº 204 (JUROS); RE nº 870.947; Súmula/STJ n.148 e Súmula/TRF3 nº 8 (CORREÇÃO MONETÁRIA); Súmula/STJ nº 111 (HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS) e; RE 630501 (PROVENTOS. CÁLCULO. BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO).

Antes de adentrar no mérito, por se tratar a r. sentença de provimento de natureza condenatória e tendo em vista ser ilíquido o crédito decorrente da condenação, conheço do feito igualmente como remessa oficial.

No mais, o pedido formulado pelo autor, consubstanciado na revisão do benefício, encontra previsão legal, especificamente na Lei de Benefícios, assim como obedece o princípio pelo qual os atos da administração são passíveis de revisão. Dessa forma, os termos em que essa revisão é pleiteada constitui matéria de mérito, de molde a se aferir se sua pretensão encontra ou não subsunção aos contornos da lei, a ensejar sua procedência ou improcedência.

Corroborando o entendimento acima exposto, trago à colação precedentes desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRESCRIÇÃO QUINQUÊNIAL. REAJUSTE DE BENEFÍCIO. LEI Nº8.213/91 - INPC. LEI 8.542/92 - IRSM. LEI 8.700/93. LEI 8.880/94 - IPC-R. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.415 - IGP-DI. LEI 9711/98.

1 - Não havendo veto no ordenamento jurídico que impeça a dedução do pedido em juízo, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido.

(...)

9 - Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido rejeitada. Remessa oficial e recurso do INSS providos.

(9ª Turma, AC nº 1999.61.02.005635-4, Rel Des. Fed. Marisa Santos, j. 25.08.2003, DJU 18.09.2003, p. 392).

PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. REVISÃO DE BENEFÍCIO. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. INCLUSÃO DO IRSM DE FEVEREIRO DE 1994.

(...)

2. A impossibilidade jurídica do pedido somente se caracteriza quando houver proibição expressa à tutela jurisdicional postulada no pedido. A mera inexistência de norma legal que con-

temple a pretensão ou a existência de norma que seja a ela contrária resolve-se em juízo de mérito sobre a própria pretensão inicial.

(...)

(9ª Turma, AC nº 2002.61.04.003071-2, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 01.09.2003, DJU 18.09.2003, p. 412).

Cumprе 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.

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 Colen-

do Superior Tribunal de Justiça: 5ª Turma, REsp nº 602639, Rel. Min. Jorge Scartezini, 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 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 fator 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.

Observo que, em se tratando de aposentadoria especial, são considerados, como é cediço, somente os períodos trabalhados nessa condição, *descabendo a conversão dos lapsos temporais*, com a aplicação do fator de conversão 1.40, uma vez que inexistente alternância com tempo de trabalho comum. A esse respeito, dispõe o art. 57, §5º, da Lei nº 8.213/91, na redação da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, vigente à época da propositura do feito:

Art. 57. (...)

§ 5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão, ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício.

Da leitura da norma em comento, verifica-se que a mesma alude ao exercício alternado de tempo de serviço em atividades comuns e especiais, fazendo presumir que o segurado laborou em condições insalubres, entremeada com o labor em atividades comuns.

Outra não é a orientação expressa no art. 64 do Decreto nº 2.172/97:

Art. 64. O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que foram, sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão, ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, aplicando a seguinte tabela de conversão, para efeito de concessão de qualquer benefício: (...)

Parágrafo único. Para o segurado que houver exercido sucessivamente duas ou mais atividades sujeitas a condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física, sem completar em qualquer delas o prazo mínimo exigido para a aposentadoria especial, os respectivos períodos serão somados após conversão, considerada a atividade preponderante.

Dessa forma, a conversão pretendida se opera somente na hipótese de aposentadoria por tempo de serviço, a qual não é objeto de pretensão no presente caso.

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”.

Quanto à fonte de custeio, ressalto que no julgamento realizado, em sessão de 4/12/14, pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, na *Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário com Agravo nº 664.335/SC*, de Relatoria do E. Ministro Luiz Fux, a Corte Suprema, afastou a alegação, suscitada pelo INSS, de ausência de prévia fonte de custeio para o direito à aposentadoria especial.

Na ementa daquele julgado constou:

A norma inscrita no art. 195, § 5º, CRFB/88, veda a criação, majoração ou extensão de benefício sem a correspondente fonte de custeio, disposição dirigida ao legislador ordinário, sendo inexigível quando se tratar de benefício criado diretamente pela Constituição.

Deveras, o direito à aposentadoria especial foi outorgado aos seus destinatários por norma constitucional (em sua origem o art. 202, e atualmente o art. 201, § 1º, CRFB/88). Precedentes: RE 151.106 AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28/09/1993, Primeira Turma, DJ de 26/11/93; RE 220.742, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 03/03/98, Segunda Turma, DJ de 04/09/1998.

Existência de fonte de custeio para o direito à aposentadoria especial antes, através dos instrumentos tradicionais de financiamento da previdência social mencionados no art. 195, da

CRFB/88, e depois da Medida Provisória nº 1.729/98, posteriormente convertida na Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998. Legislação que, ao reformular o seu modelo de financiamento, inseriu os §§ 6º e 7º no art. 57 da Lei nº 8.213/91, e estabeleceu que este benefício será financiado com recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212/91, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou evinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.

O E. Relator, em seu voto, deixou bem explicitada a regra que se deve adotar ao afirmar:

Destarte, não há ofensa ao princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, pois existe a previsão na própria sistemática da aposentadoria especial da figura do incentivo (art. 22, II e § 3º, Lei nº 8.212/91), que, por si só, não consubstancia a concessão do benefício sem a correspondente fonte de custeio (art. 195, § 5º, CRFB/88). Corroborando o supra esposado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera que o art. 195, § 5º, da CRFB/88, contém norma dirigida ao legislador ordinário, disposição inexigível quando se tratar de benefício criado diretamente pela própria constituição.

Ao caso dos autos.

Presentes as condições de ação (interesse de agir), nos termos do julgamento do RE 631240 e Súmula/TRF3 nº 9.

Inicialmente, destaco que o período de 01/03/1978 a 28/04/1995 já possui sua especialidade reconhecida pelo INSS (fls.92), restando assim, incontroverso.

Para comprovar a especialidade do período remanescente, em que teria trabalhado sujeito a agentes agressivos, juntou a requerente a documentação abaixo discriminada:

-29/04/1995 a 07/01/2004: PPP (fl. 105/106) e Laudo Técnico (fls. 107/109) - Cirurgiã Dentista Autônoma - consta do Laudo ficar a requerente exposta aos agentes biológicos, fungos, bactérias e vírus provenientes dos procedimentos cirúrgicos - possibilidade de enquadramento com base nos códigos 1.3.4 do Decreto 83.080/79 e 3.0.1 do Decreto 2.172/97;

Como se vê, restou demonstrado o labor especial no lapso supramencionado, além daqueles já reconhecidos na via administrativa.

Somando-se o tempo especial, contava autor, na data do requerimento administrativo, com *25 anos, 10 meses e 07 dias de tempo de serviço especial, suficientes à concessão da aposentadoria especial*, a qual exige o tempo mínimo de 25 anos de trabalho.

Também restou amplamente comprovada pelo conjunto probatório acostado aos autos, a carência prevista na tabela do art. 142 da Lei de Benefícios.

CONSECTÁRIOS

TERMO INICIAL

Tratando-se de revisão do ato de aposentadoria, com alteração da renda mensal inicial, o termo inicial deve ser mantido na data da concessão da benesse em sede administrativa (07/01/2004 - fl. 48), contudo, com *efeitos financeiros* incidentes a partir do requerimento de revisão (25/09/2012 - fl. 103), haja vista que apenas com a juntada do Laudo Pericial e PPPs, elaborados em 2012, e exigidos pela legislação de regência, possibilitou-se o reconhecimento do período especial requerido em sua totalidade, capaz de permitir a revisão nos moldes pleiteados na inicial.

JUROS DE MORA

Conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil, os juros de mora são devidos na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, a partir da citação, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02, após, à razão de 1% ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009, 0,5% ao mês.

CORREÇÃO MONETÁRIA

Quanto à correção monetária, esta deve ser aplicada nos termos da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o disposto na Lei nº 11.960/2009, consoante Repercussão Geral no RE nº 870.947, em 16/4/2015, Rel. Min. Luiz Fux.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Honorários advocatícios devidos pelo INSS no percentual de 10% das parcelas vencidas até a data da sentença de procedência ou deste acórdão no caso de sentença de improcedência reformada nesta Corte, nos termos da Súmula 111 do STJ.

Deixo de aplicar o artigo 85 do CPC/2015, considerando que o recurso fora interposto na vigência do Código de Processo Civil anterior.

CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS

A teor do disposto no art. 4º, I, da Lei Federal nº 9.289/96, as Autarquias são isentas do pagamento de custas na Justiça Federal.

De outro lado, o art. 1º, §1º, deste diploma legal, delega à legislação estadual normatizar sobre a respectiva cobrança nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual no exercício da competência delegada.

Assim, o INSS está isento do pagamento de custas processuais nas ações de natureza previdenciária ajuizadas nesta Justiça Federal e naquelas aforadas na Justiça do Estado de São Paulo, por força da Lei Estadual/SP nº 11.608/03 (art. 6º).

Contudo, a legislação do Estado de Mato Grosso do Sul que dispunha sobre a isenção referida (Leis nº 1.135/91 e 1.936/98) fora revogada a partir da edição da Lei nº 3.779/09 (art. 24, §§1º e 2º), razão pela qual é de se atribuir ao INSS o ônus do pagamento das custas processuais nos feitos que tramitam naquela unidade da Federação.

De qualquer sorte, é de se ressaltar que, em observância ao disposto no art. 27 do Código de Processo Civil, o recolhimento somente deve ser exigido ao final da demanda, se sucumbente.

A isenção referida não abrange as despesas processuais, bem como aquelas devidas a título de reembolso à parte contrária, por força da sucumbência.

OPÇÃO PELO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 630.501/RS-RG, firmou o entendimento de que o segurado, quando preenchidos os requisitos mínimos para a aposentação, tem direito de optar pelo benefício mais vantajoso. Assim, dentre aquelas três hipóteses citadas, ou ainda se existente outra hipótese não aventada, mas factível e lícita, pode o segurado optar por qualquer uma delas que entender mais vantajosa.

Confira-se no mesmo sentido:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Previdenciário. Desconstituição da aposentadoria integral. Opção pela aposentadoria proporcional. Direito adquirido ao benefi-

cio mais vantajoso após a reunião dos requisitos. Possibilidade. Precedentes.

1. O segurado tem direito adquirido ao benefício mais vantajoso, consideradas as datas a partir das quais a aposentadoria proporcional poderia ter sido requerida e desde que preenchidos os requisitos pertinentes.

2. Agravo regimental não provido.

(STF, AG.REG. NO RE 705.456/RJ, Primeira Turma, Min. Dias Toffoli, 28/10/2014).

DISPOSIÇÕES RELATIVAS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA

Na liquidação da obrigação de fazer a que o INSS foi condenado nestes autos serão observadas as seguintes determinações:

Caberá ao INSS calcular o tempo de serviço para a concessão do benefício de acordo com os períodos reconhecidos nos autos, vinculado aos termos da coisa julgada, somando-se ao tempo de contribuição incontroverso.

Deixo consignado, também, que não cabe ao Poder Judiciário, através de sua contadoria, elaborar cálculos para a identificação de qual benefício é o mais vantajoso para o segurado, cabendo ao INSS orientar quanto ao exercício deste direito de opção.

Fica o INSS autorizado a compensar valores pagos administrativamente ao autor no período abrangido pela presente condenação, efetivados a título de benefício previdenciário que não pode ser cumulado com o presente.

Por derradeiro, cumpre salientar que, diante de todo o explanado, a r. sentença monocrática não ofendeu qualquer dispositivo legal, não havendo razão ao prequestionamento suscitado.

Ante o exposto, nos termos do art. 932 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), *nego provimento à remessa oficial, tida por submetida, e às apelações*, na forma acima fundamentada.

Após as formalidades legais, transitada em julgado a presente decisão, baixem os autos à Vara de origem.

Intime-se.

São Paulo, 05 de julho de 2016.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA
0034247-65.2012.4.03.0000
(2012.03.00.034247-6)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Réu: MAICON DA SILVA COSTA (incapaz)
Representante: VANDETE DA SILVA
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE VARGEM GRANDE DO SUL - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Classe do Processo: AR 9029
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/08/2016

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC/73. CUMULAÇÃO DA PENSÃO POR MORTE COM O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. VIOLAÇÃO AO ART. 20, § 4º, DA LEI 8.742/93. DEFICIÊNCIA E INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS PARA A PRÓPRIA MANUTENÇÃO. REQUISITOS PREENCHIDOS. RESCISÃO PARCIAL DO JULGADO. NOVO JULGAMENTO. GARANTIA DE OPÇÃO PELO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO.

1. A concessão do benefício assistencial a quem já era detentor de pensão por morte representa afronta direta ao disposto no Art. 20, § 4º, da Lei 8.742/93, que prescreve que esse benefício não pode ser acumulado com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória.
2. A perícia médica judicial e o estudo socioeconômico elaborados na ação subjacente permitem a conclusão que o réu é portador de deficiência e não possui recursos para garantir a própria manutenção, nem de tê-la provida por sua família, uma vez que, em razão da natureza de sua enfermidade, possui sérias restrições à vida autônoma, e a renda familiar é insuficiente para assegurar-lhe o necessário para o sustento. Portanto, faz jus ao benefício assistencial.
3. De outra parte, considerada a impossibilidade de cumulação desse benefício com a pensão por morte de que é titular, é de se estabelecer a rescisão parcial do julgado, para o fim de obstar essa cumulação e, em novo julgamento, garantir o seu direito de opção pelo benefício mais vantajoso, sem a necessidade de restituição de valores, por ser tratar de verba alimentar, recebida de boa-fé pelo beneficiário.
4. Pedido de desconstituição do julgado a que se dá parcial procedência. Pedido originário parcialmente procedente.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 28 de julho de 2016.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

A ação rescisória foi proposta pelo INSS, com fulcro no Art. 485, V, do CPC/73, com o objetivo de desconstituição de sentença que julgou procedente pedido de concessão de benefício assistencial.

O instituto pleiteia a antecipação da tutela para a suspensão da execução do julgado, incluída a suspensão do pagamento administrativo do benefício, e pretende a rescisão do julgado para que uma nova decisão seja proferida. Sustenta que, em 15/01/2008, o réu postulou judicialmente a concessão do benefício de prestação continuada, sob a alegação de deficiente e não possuir meios de prover a própria manutenção, contudo, era titular de pensão por morte desde 27/06/2007, em decorrência do óbito de seu genitor. Argumenta que a sentença rescindenda violou o disposto no Art. 201, V e Arts. 5º, XXXVI e 203, V, todos da Constituição Federal, considerado que o primeiro determina a concessão de pensão aos dependentes, em caso de morte do segurado da Previdência Social; o segundo confere ao INSS o direito adquirido de conceder o benefício regularmente previsto na lei para a cobertura do evento morte, que é a pensão; e o terceiro determina a concessão de benefício assistencial à pessoa portadora de deficiência e aos idosos “conforme dispuser a lei”, observado que o Art. 20, § 4º, da Lei 8.742/93, que regulamentou a matéria; veda a percepção cumulativa do benefício assistencial com qualquer outro benefício previdenciário. Pugna, subsidiariamente, pela rescisão parcial do julgado, para que lhe seja reconhecido o direito de compensar os valores a título de pensão com o valor do benefício assistencial, de forma a evitar a percepção cumulativa dos dois benefícios.

A decisão rescindenda transitou em julgado em 31/01/2011 (fl. 165). Esta ação foi ajuizada em 30/11/2012 (fl. 02).

O pedido de antecipação da tutela foi deferido (fls. 188/189).

Regularmente citado, o réu ofereceu contestação, em que argumenta que anexou todos os documentos necessários à comprovação de sua condição de miserabilidade nos autos da ação subjacente, sem jamais omitir o fato de receber ¼ da pensão por morte pelo falecimento de seu pai, desde 27/06/2007. Sustenta que, em respeito ao princípio da dignidade humana e da erradicação da pobreza, deve ser julgada totalmente improcedente a presente ação, e que, com a ocorrência do trânsito em julgado nos autos originários, possui direito adquirido ao recebimento dos dois benefícios. Aduz que a proibição da acumulação prevista no Art. 20, § 4º, da Lei 8.742/93 é inconstitucional, por ferir os princípios supracitados. Em caráter subsidiário, pleiteia que lhe seja reconhecido o direito de optar benefício mais vantajoso, que garanta plenamente sua subsistência (fls. 198/209).

Juntada de petição de requerimento da correção de erro material na contestação, em relação ao nome do réu e ao número do feito subjacente (fls. 481/482).

Determinada a intimação da parte ré, na pessoa de sua advogada, a fim de regularizar a representação processual, mediante a juntada de instrumento de procuração devidamente assinado, e no mesmo prazo assinalado, regularizar também a declaração de hipossuficiência econômica, que também não fora subscrita (fls. 489).

As diligências foram atendidas (fls. 497/501).

Deferido o pedido de concessão dos benefícios da Justiça gratuita e, por se considerar desnecessária a produção de novas provas, foi determinado o encaminhamento dos autos ao Ministério Público Federal, para o necessário parecer (fl. 503).

O MPF opinou pela improcedência da ação rescisória ou, caso assim não se entenda, pelo reconhecimento do direito do autor à opção pelo benefício assistencial (fls. 505/507v).

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

O réu propôs ação previdenciária em 14/01/2008 (fl. 16), com o objetivo de obter a concessão do benefício assistencial de prestação continuada, previsto no Art. 203, V, da Constituição Federal, e regulamentado pela Lei 8.742/93, sob o argumento de ser portador de deficiência mental moderada desde seu nascimento, necessitar de cuidados médicos constantes e não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família, tendo uma renda mensal no valor de R\$191,00, recebida a título de pensão por morte, em razão do óbito do seu genitor.

O laudo médico judicial, produzido em 18/06/2009 (fls. 107/114), constatou que o periciando apresenta Transtorno de Conduta não Socializado, Transtorno de Conduta Hiperativa, Transtorno de Linguagem Expressiva e Transtorno Específico do Desenvolvimento das Habilidades Escolares, os quais causam um déficit de adaptação importante e desajuste das relações familiares e sociais, assim como déficit de aprendizagem na infância e na adolescência; que possui comportamento regredido e desajustado e pouca capacidade de verbalização, prognóstico que pode se desenvolver em quadros psiquiátricos mais graves. Referiu ainda que a sua enfermidade é de caráter permanente e que o periciando não tem capacidade de discernimento e provavelmente não será capaz de se autogerir no futuro.

Por sua vez, o relatório socioeconômico, realizado em 19/01/2010 (fls. 125/141), foi concluído com o seguinte parecer:

É nítido que o requerente possui problemas. Tem dificuldade para se comunicar, dificuldade para falar. Seu irmão Michel também fala com muita dificuldade.

Moram em casa de aluguel, sem piso. Os móveis são muito velhos. Na sala possuem somente um sofá de dois lugares muito velho, com banquetas de madeira rústica. Não têm mesa na cozinha.

A mãe disse-nos que mantém os dois filhos trancados dentro de casa, pois se vão brincar, fogem, sendo difícil encontrá-los, sendo impossível trabalhar pois não tem ninguém para deixar os filhos.

A renda familiar é inferior aos gastos necessários para o sustento da família. Disse-nos que paga a cesta básica aos poucos, por mês.

Passam muita dificuldade com a renda da família.

Assim, o requerente necessita do Benefício Assistencial para manter suas necessidades básicas.

A sentença rescindenda, a seu turno, consignou que, uma vez provado que o autor é portador de deficiência que o incapacita para a vida independente, e que a renda mensal é insuficiente para a sua manutenção, a procedência da inicial é de rigor, tendo condenado o INSS a conceder ao autor o benefício assistencial de prestação continuada a partir da data da citação naqueles autos.

Do exposto, verifica-se que o julgado, ao conceder o benefício assistencial a quem já era detentor de pensão por morte, afrontou, de forma direta, o disposto no Art. 20, § 4º, da Lei 8.742/93, que prescreve que esse benefício não pode ser acumulado com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória.

O Art. 20 da Lei 8.742/93 assim dispõe:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º Para os efeitos do disposto no *caput*, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

A perícia médica judicial e o estudo socioeconômico elaborados na ação subjacente permitem a conclusão de que o réu é portador de deficiência e não possui recursos para garantir a própria manutenção, nem de tê-la provida por sua família, uma vez que, em razão da natureza de sua enfermidade, possui sérias restrições à vida autônoma, e a renda familiar é insuficiente para assegurar-lhe o necessário para o sustento. Portanto, faz jus ao benefício assistencial.

De outra parte, considerada a impossibilidade de cumulação desse benefício com a pensão por morte de que é titular, é de se estabelecer a rescisão parcial do julgado, para o fim de obstar essa cumulação e, em novo julgamento, garantir o seu direito de opção pelo benefício mais vantajoso, sem a necessidade de restituição de valores, por ser tratar de verba alimentar, recebida de boa-fé pelo beneficiário, por força de decisão judicial.

Tendo a autoria decaído de parte do pedido, é de se aplicar a regra contida no Art. 86, do CPC. A autarquia previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do Art. 24-A da Lei 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/93 e a parte autora, por ser beneficiária da assistência judiciária integral e gratuita, está isenta de custas, emolumentos e despesas processuais.

Ante o exposto, com fundamento no Art. 966, V, do CPC (equiparado ao Art. 485, V, do CPC/73), dou provimento ao pedido para rescindir parcialmente o julgado e, em novo julgamento, julgo parcialmente procedente o pedido originário de concessão do benefício assistencial, para garantir ao autor o direito de optar pelo benefício mais vantajoso, dada a impossibilidade de cumulação desse benefício com o de pensão por morte, com a subsequente revogação da tutela concedida.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0049403-08.2012.4.03.6301
(2012.63.01.049403-7)

Apelante: LUIZ BARBOSA DA COSTA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI
Classe do Processo: AC 2162853
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/08/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADES ESPECIAIS. RECONHECIMENTO PARCIAL. PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO NA DATA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO.

- A questão em debate consiste na possibilidade de se reconhecer os lapsos de trabalho em regime especial, alegados na inicial, para, somados aos períodos de trabalho comum e especial incontroversos, propiciar a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição integral.

- É possível o reconhecimento da atividade especial no interstício de: 12.09.1989 a 05.03.1997 - exercício das atividades de cobrador (até 30.09.1996) e motorista de ônibus (a partir de 01.10.1996), conforme anotação em CTPS de fls. 33, formulários de fls. 21 e 22 e declaração do empregador, de fls. 20; enquadramento no item 2.4.4 do Decreto nº 53.831/64 que elenca a atividade dos motoristas e cobradores de ônibus como penosa.

- O reconhecimento como especial pela categoria profissional apenas é permitido até 28/05/1995 (data da Lei nº 9.032/95). Após 05.03.1997, passou a haver necessidade de apresentação de laudo técnico, motivo pelo qual não foi reconhecido o interstício de 06.03.1997 a 14.08.2002.

- Quanto aos demais períodos, não houve comprovação de exposição do autor a agentes nocivos em níveis superiores aos estabelecidos em lei.

- Considerando o período de labor especial reconhecido e os períodos incontroversos, verifica-se que o autor ainda não havia preenchido os requisitos para aposentadoria por tempo de contribuição por ocasião do requerimento administrativo, em 27.10.2010, pois contava com menos de trinta e cinco anos de serviço. Além disso, sua idade era insuficiente para que se cogitasse da concessão de aposentadoria proporcional.

- Em consulta ao sistema CNIS da Previdência Social, constatou-se que o autor continuou a trabalhar após tal requerimento administrativo, sendo que seu vínculo empregatício com a "Vip Transportes Urbanos", iniciado em 11.10.2002, permaneceu vigente até 08.10.2015.

- Os requisitos para aposentadoria já haviam sido preenchidos por ocasião do ajuizamento da ação, eis que, naquela ocasião, o requerente perfazia mais de 35 anos de serviço, fazendo jus à aposentadoria por tempo de contribuição, pois respeitou as regras permanentes estatuídas no artigo 201, § 7º, da CF/88, que exigiam o cumprimento de

pelo menos de 35 (trinta e cinco) anos de contribuição.

- O termo inicial do benefício deve ser fixado na data da citação.

- 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.

- A verba honorária deve ser fixada em 10% sobre o valor da condenação, até a data desta decisão, considerando que o pedido foi julgado improcedente pelo juízo “a quo”.

- As Autarquias Federais são isentas de custas, cabendo somente quando em reembolso.

- Apelo da parte autora 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 da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de julho de 2016.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

Cuida-se de pedido de aposentadoria por tempo de contribuição integral.

A sentença julgou o pedido improcedente.

Inconformado, apela o autor, sustentando, em síntese, o preenchimento dos requisitos para o reconhecimento do labor especial alegado na inicial e para a concessão do benefício pleiteado.

Regularmente processados, subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

A questão em debate consiste na possibilidade de se reconhecer os lapsos de trabalho em regime especial, alegados na inicial, para, somados aos períodos de trabalho comum e especial incontroversos, propiciar a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição integral.

Esse tema - o trabalho desenvolvido em condições especiais e sua conversão, palco de debates infundáveis, está disciplinado pelos arts. 57, 58 e seus §§ da Lei nº 8.213/91, para os períodos laborados posteriormente à sua vigência e, para os pretéritos, pelo art. 35 § 2º da antiga CLPS.

Esclareça-se que a possibilidade dessa conversão não sofreu alteração alguma, desde que foi acrescentado o § 4º ao art. 9º, da Lei nº 5.890 de 08/06/1973, até a edição da MP nº 1.663-

10/98 que revogava o § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/91, e deu azo à edição das OS 600/98 e 612/98. A partir de então, apenas teriam direito à conversão os trabalhadores que tivessem adquirido direito à aposentadoria até 28/05/1998. Depois de acirradas discussões, a questão pacificou-se através da alteração do art. 70 do Decreto nº 3.048 de 06/05/99, cujo § 2º hoje tem a seguinte redação: “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”. (Incluído pelo Decreto nº 4.827 de 03/09/2003).

Não obstante o Decreto nº 6.945, de 21 de agosto de 2009, tenha revogado o Decreto nº 4.827/03, que alterou a redação do artigo 70, não foi editada norma alguma que discipline a questão de modo diverso do entendimento aqui adotado.

Por outro lado, o benefício é regido pela lei em vigor no momento em que reunidos os requisitos para sua fruição, e mesmo em se tratando de direitos de aquisição complexa a lei mais gravosa não pode retroagir exigindo outros elementos comprobatórios do exercício da atividade insalubre, antes não exigidos, sob pena de agressão à segurança jurídica.

Fica afastado, ainda, o argumento, segundo o qual somente em 1980 surgiu a possibilidade de conversão do tempo especial em comum, pois o que interessa é a natureza da atividade exercida em determinado período, sendo que as regras de conversão serão aquelas em vigor à data em que se efetive o respectivo cômputo.

Na espécie, questionam-se os períodos de 12.09.1989 a 14.08.2002 e de 11.10.2002 em diante, pelo que ambas as legislações (tanto a antiga CLPS, quanto a Lei nº 8.213/91), com as respectivas alterações, incidem sobre o respectivo cômputo, inclusive quanto às exigências de sua comprovação.

É possível o reconhecimento da atividade especial no interstício de:

- 12.09.1989 a 05.03.1997 - exercício das atividades de cobrador (até 30.09.1996) e motorista de ônibus (a partir de 01.10.1996), conforme anotação em CTPS de fls. 33, formulários de fls. 21 e 22 e declaração do empregador, de fls. 20.

Enquadramento no item 2.4.4 do Decreto nº 53.831/64 que elenca a atividade dos motoristas e cobradores de ônibus como penosa.

Ressalte-se que o reconhecimento como especial pela categoria profissional apenas é permitido até 28/05/1995 (data da Lei nº 9.032/95), sendo que a conversão dar-se-á baseado nas atividades profissionais do segurado, conforme classificação inserida no Anexo do Decreto nº 53.831/64 e Anexos I e II do Decreto nº 83.080/79.

Após 05.03.1997, passou a haver necessidade de apresentação de laudo técnico, motivo pelo qual não foi reconhecido o interstício de 06.03.1997 a 14.08.2002.

Quanto aos demais períodos, não houve comprovação de exposição do autor a agentes nocivos em níveis superiores aos estabelecidos em lei.

Assim, o requerente faz jus ao cômputo do labor exercido em condições agressivas apenas no interstício de 12.09.1989 a 05.03.1997.

Nesse sentido, destaco:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE EXERCIDA EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. TEMPO DE SERVIÇO. CONVERSÃO EM TEMPO COMUM. POSSIBILIDADE. DIREITO ADQUIRIDO. PRECEDENTES.

1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que o direito ao cômputo diferenciado do tempo de serviço prestado em condições especiais, por força das normas

vigentes à época da referida atividade, incorpora-se ao patrimônio jurídico do segurado, sendo lícita a sua conversão em tempo de serviço comum, não podendo sofrer qualquer restrição imposta pela legislação posterior, em respeito ao princípio do direito adquirido.

2. Até 05/03/1997, data da publicação do Decreto nº 2.172, que regulamentou a Lei nº 9.032/95 e a MP 1.523/96 (convertida na Lei 9.528/97), a comprovação do tempo de serviço laborado em condições especiais, em virtude da exposição de agentes nocivos à saúde e à integridade física dos segurados, dava-se pelo simples enquadramento da atividade exercida no rol dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79 e, posteriormente, do Decreto 611/92. (...)

3. A parte autora, por ter exercido atividade em condições especiais (exposição a agentes nocivos à saúde ou integridade física), comprovada nos termos da legislação vigente à época da prestação do serviço, possui direito adquirido à conversão do tempo especial em comum, para fins de concessão de aposentadoria por tempo de serviço.

4. Recurso especial conhecido, mas improvido.

(STJ - Superior Tribunal de Justiça - RESP 200301094776 - RESP - Recurso Especial - 551917 - Sexta Turma - DJE DATA: 15/09/2008 - rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura)

É verdade que, a partir de 1978, as empresas passaram a fornecer os equipamentos de Proteção Individual - EPI's, aqueles pessoalmente postos à disposição do trabalhador, como protetor auricular, capacete, óculos especiais e outros, destinado a diminuir ou evitar, em alguns casos, os efeitos danosos provenientes dos agentes agressivos.

Utilizados para atenuar os efeitos prejudiciais da exposição a esses agentes, contudo, não têm o condão de desnaturar atividade prestada, até porque, o ambiente de trabalho permanecia agressivo ao trabalhador, que poderia apenas resguarda-se de um mal maior.

A orientação desta Corte tem sido firme neste sentido.

Confira-se:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. REMESSA OFICIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO. RURÍCOLA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. TESTEMUNHAS. DECLARAÇÃO DE EX-EMPREGADOR. ATIVIDADE ESPECIAL. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. DIREITO ADQUIRIDO. COMPROVAÇÃO MEDIANTE LAUDO TÉCNICO. EPI. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PRESCINDÍVEL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

I - (...)

VI - O uso de equipamento de proteção individual - EPI não descaracteriza a natureza especial da atividade, 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.

VII - O caráter insalubre ou perigoso da atividade exercida, por si só, autoriza que o período seja considerado como tempo de serviço especial para fins previdenciários, independentemente do direito trabalhista que o segurado possa ter à percepção do adicional correspondente.

VIII - Não faz jus o autor à aposentadoria por tempo de serviço, vez que não atinge o tempo mínimo necessário para a obtenção do benefício.

IX - Ante a sucumbência recíproca, cada uma das partes arcará com suas despesas, inclusive verba honorária de seus respectivos patronos, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil.

X - Remessa oficial e apelação do réu parcialmente providas.

(Origem: Tribunal - Terceira Região; Classe: AC - Apelação Cível - 936417; Processo: 199961020082444; UF: SP; Órgão Julgador: Décima Turma; Data da decisão: 26/10/2004; Fonte: DJU, Data: 29/11/2004, página: 397. Data Publicação: 29/11/2004; Relator: Juiz SERGIO NASCIMENTO)

Assentados esses aspectos, considerando o período de labor especial acima reconhecido e os períodos incontroversos (fls. 65 e 68), verifica-se que o autor ainda não havia preenchido os requisitos para aposentadoria por tempo de contribuição por ocasião do requerimento administrativo, em 27.10.2010, pois contava com menos de trinta e cinco anos de serviço. Além disso, sua idade era insuficiente para que se cogitasse da concessão de aposentadoria proporcional.

Todavia, em consulta ao sistema CNIS da Previdência Social, constatou-se que o autor continuou a trabalhar após tal requerimento administrativo, sendo que seu vínculo empregatício com a “Vip Transportes Urbanos”, iniciado em 11.10.2002, permaneceu vigente até 08.10.2015.

Assim, nos termos da tabela em anexo, que integra o presente voto, os requisitos para aposentadoria já haviam sido preenchidos por ocasião do ajuizamento da ação (21/11/2012, fls. 82), eis que, naquela ocasião, o requerente perfazia mais de 35 anos de serviço, fazendo jus à aposentadoria por tempo de contribuição, pois respeitou as regras permanentes estatuídas no artigo 201, § 7º, da CF/88, que exigiam o cumprimento de pelo menos de 35 (trinta e cinco) anos de contribuição.

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data da citação (fls. 04.04.2013, fls. 95).

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.

A verba honorária deve ser fixada em 10% sobre o valor da condenação, até a data desta decisão, considerando que o pedido foi julgado improcedente pelo juízo “a quo”.

As Autarquias Federais são isentas de custas, cabendo somente quando em reembolso.

Por essas razões, *dou parcial provimento ao apelo da parte autora*, para reformar a sentença e julgar parcialmente procedente o pedido, reconhecendo a especialidade do período de 12.09.1989 a 05.03.1997 e concedendo a aposentadoria por tempo de contribuição, desde a data do da citação, com os consectários conforme fundamentação, que integra o dispositivo.

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0012103-41.2013.4.03.6183
(2013.61.83.012103-8)

Apelante: ZENAIDE RIBEIRO DOS SANTOS SILVA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO
Classe do Processo: AC 2020309
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/07/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA APOSENTADORIA ESPECIAL. NATUREZA ESPECIAL DAS ATIVIDADES LABORADAS RECONHECIDA. OPERADORA DE HEMODINÂMICA E AUXILIAR DE ENFERMAGEM. AGENTE BIOLÓGICO. VINTE E CINCO ANOS DE ATIVIDADES ESPECIAIS, CARÊNCIA E QUALIDADE DE SEGURADO COMPROVADOS.

1. A aposentadoria especial é devida ao segurado que tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme o caso, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (art. 64 do Decreto nº 3.048/99). No caso, necessária, ainda, a comprovação da carência e da qualidade de segurado.
2. A legislação aplicável para caracterização da natureza especial é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida, devendo, portanto, ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79, até 05.03.1997 e, após, pelos Decretos nº 2.172/97 e nº 3.049/99.
3. Os Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79 vigoram de forma simultânea, não havendo revogação daquela legislação por esta, de forma que, verificando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado.
4. A atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pode ser considerada especial, pois, em razão da legislação de regência a ser considerada até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030, exceto para o agente nocivo ruído por depender de prova técnica.
5. É de considerar prejudicial até 05.03.1997 a exposição a ruídos superiores a 80 decibéis, de 06.03.1997 a 18.11.2003, a exposição a ruídos de 90 decibéis e, a partir de então, a exposição a ruídos de 85 decibéis.
6. Efetivo exercício de atividades especiais comprovado por meio de formulários de insalubridade e laudos técnicos que atestam a exposição a agentes físicos agressores à saúde, em níveis superiores aos permitidos em lei.
7. No caso dos autos, os períodos incontroversos em virtude de acolhimento na via administrativa totalizam 31 anos e 10 meses (fls. 10/11), tendo sido reconhecido como de natureza especial o período de 04.05.1987 a 06.03.1991. Ocorre que, nos períodos de 07.03.1991 a 21.05.1998, 21.07.1998 a 31.08.1998 e 01.09.1998 a 24.04.2013, a parte autora, nas atividades de operadora de hemodinâmica e auxiliar de enferma-

gem, esteve exposta a agentes biológicos, em virtude de contato com pacientes ou materiais infecto-contagiantes (fls. 42/43 e 45/48), devendo também ser reconhecida a natureza especial das atividades exercidas nesses períodos, conforme código 1.3.2 do Decreto nº 53.831/64, código 1.3.4 do Decreto nº 83.080/79, código 3.0.1 do Decreto nº 2.172/97 e código 3.0.1 do Decreto nº 3.048/99.

8. Somados todos os períodos especiais, totaliza a parte autora 25 anos, 09 meses e 23 dias de tempo especial até a data do requerimento administrativo, observado o conjunto probatório produzido nos autos e os fundamentos jurídicos explicitados na presente decisão.

9. O benefício é devido a partir da data do requerimento administrativo (D.E.R) ou, na sua ausência, a partir da data da citação.

10. A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a devida expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante nº 17.

11. 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.

12. Reconhecido o direito de a parte autora transformar o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição atualmente implantado em aposentadoria especial, a partir do requerimento administrativo, observada eventual prescrição quinquenal, ante a comprovação de todos os requisitos legais.

13. Apelação da parte autora provida. Consectários legais fixados de ofício.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 28 de junho de 2016.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator):

Trata-se de pedido de revisão de aposentadoria, formulado por ZENAIDE RIBEIRO DOS SANTOS SILVA em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, pelo qual a parte autora almeja a transformação da sua aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial.

Contestação do INSS às fls. 74/83, na qual sustenta a inépcia da inicial e, no mérito, o não enquadramento das atividades exercidas pela parte autora como sendo de natureza espe-

cial, requerendo, ao final, a improcedência total do pedido.

Sentença às fls. 97/99v, pelo afastamento da inépcia e, no mérito, improcedência do pedido.

Apelação da parte autora às fls. 103/108, pelo reconhecimento dos períodos especiais pleiteados e transformação da aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator):

Pretende a parte autora, nascida em 20.04.1963, o reconhecimento do exercício de atividade especial nos períodos de 07.03.1991 a 21.05.1998, 21.07.1998 a 31.08.1998 e 01.09.1998 a 24.04.2013, e a concessão do benefício de aposentadoria especial, a partir do requerimento administrativo (D.E.R. 24.04.2013), com o conseqüente cancelamento da sua aposentadoria por tempo de contribuição.

Para elucidação da controvérsia, cumpre distinguir a aposentadoria especial, prevista no art. 57 da Lei nº 8.213/91, da aposentadoria por tempo de contribuição, prevista no art. 52 do mesmo diploma legal, pois a primeira pressupõe o exercício de atividade laboral considerada especial, pelo tempo de 15, 20 ou 25 anos, sendo que, cumprido esse requisito, o segurado tem direito à aposentadoria com valor equivalente a 100% do salário-de-benefício (§ 1º do art. 57), não estando submetido à inovação legislativa da EC 20/98, ou seja, inexistente pedágio ou exigência de idade mínima, nem submissão ao fator previdenciário, conforme art. 29, II, da Lei nº 8.213/91. Diferentemente, na aposentadoria por tempo de contribuição pode haver tanto o exercício de atividades especiais como o exercício de atividades comuns, sendo que os períodos de atividade especial sofrem conversão em atividade comum, aumentando assim o tempo de serviço do trabalhador, e, conforme a data em que o segurado preenche os requisitos, deverá se submeter às regras da EC 20/98.

No que se refere à atividade especial, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para sua caracterização é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida, devendo, portanto, no caso em tela, ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79, até 05.03.1997 e, após, pelo Decreto nº 2.172/97, sendo irrelevante que o segurado não tenha completado o tempo mínimo de contribuição para se aposentar à época em que foi editada a Lei nº 9.032/95, como a seguir se verifica.

O art. 58 da Lei nº 8.213/91 dispunha, em sua redação original que "(...) A relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica (...)". Com a edição da Medida Provisória nº 1.523/96, tal dispositivo legal teve sua redação alterada, com a inclusão dos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º, na forma que segue:

Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.

§ 1º a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, 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.

§ 2º Deverão constar do laudo técnico referido no parágrafo anterior informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo.

§ 3º A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir documento de comprovação de efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita à penalidade prevista no art. 133 desta Lei.

§ 4º A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador, e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica deste documento (...).

Verifica-se, pois, que tanto na redação original do art. 58 da Lei nº 8.213/91 como na estabelecida pela Medida Provisória nº 1.523/96 (reeditada até a MP nº 1.523-13 de 23.10.97 - republicado na MP nº 1.596-14, de 10.11.97 e convertida na Lei nº 9.528, de 10.12.97), não foram relacionados os agentes prejudiciais à saúde, sendo que tal relação foi definida apenas com a edição do Decreto nº 2.172, de 05.03.1997 (art. 66 e Anexo IV). Ocorre que, em se tratando de matéria reservada à lei, tal disposição somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10.12.1997, razão pela qual a apresentação de laudo técnico só pode ser exigida a partir dessa última data. Nesse sentido é o entendimento majoritário do E. STJ:

PREVIDENCIÁRIO - RECURSO ESPECIAL - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM - POSSIBILIDADE - LEI 8.213/91 - LEI 9.032/95 - LAUDO PERICIAL INEXIGÍVEL - LEI 9.528/97.

(...)

- A Lei nº 9.032/95 que deu nova redação ao art. 57 da Lei 8.213/91 acrescentando seu § 5º, permitiu a conversão do tempo de serviço especial em comum para efeito de aposentadoria especial. Em se tratando de atividade que expõe o obreiro a agentes agressivos, o tempo de serviço trabalhado pode ser convertido em tempo especial, para fins previdenciários.

- A necessidade de comprovação da atividade insalubre através de laudo pericial, foi exigida após o advento da Lei 9.528, de 10.12.97, que convalidando os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.523, de 11.10.96, alterou o § 1º, do art. 58, da Lei 8.213/91, passando a exigir a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, mediante formulário, na forma estabelecida pelo INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. Tendo a mencionada lei caráter restritivo ao exercício do direito, não pode ser aplicada à situações pretéritas, portanto no caso em exame, como a atividade especial foi exercida anteriormente, ou seja, de 17.11.75 a 19.11.82, não está sujeita à restrição legal.

- Precedentes desta Corte.

- Recurso conhecido, mas desprovido (STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scarcezini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482).

Assim, em tese, pode ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pois, em razão da legislação de regência a ser considerada até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030 (exceto para o agente nocivo ruído, por

depende de prova técnica).

Ressalto que os Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79 vigoram de forma simultânea, não havendo revogação daquela legislação por esta, de forma que, verificando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado.

Saliento que não se encontra vedada a conversão de tempo especial em comum, exercida em período posterior a 28.05.1998, uma vez que ao ser editada a Lei nº 9.711/98, não foi mantida a redação do art. 28 da Medida Provisória nº 1.663-10, de 28.05.98, que revogava expressamente o parágrafo 5º, do art. 57, da Lei nº 8.213/91, devendo, portanto, prevalecer este último dispositivo legal, nos termos do art. 62 da Constituição da República.

Quanto ao agente nocivo ruído, o Decreto nº 2.172, de 05.03.1997, passou a considerar o nível de ruídos superior a 90 decibéis como prejudicial à saúde. Por tais razões, até ser editado o referido decreto, considerava-se a exposição a ruído superior a 80 decibéis como agente nocivo à saúde. Com o advento do Decreto nº 4.882, de 18.11.2003, houve nova redução do nível máximo de ruídos tolerável, uma vez que por tal decreto esse nível passou a ser de 85 decibéis (art. 2º, 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).

Tendo em vista o dissenso jurisprudencial sobre a possibilidade de se aplicar retroativamente o disposto no Decreto nº 4.882/2003, para se considerar prejudicial, desde 05.03.1997, a exposição a ruídos de 85 decibéis, a questão foi levada ao C. Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do Recurso Especial 1398260/PR, em 14.05.2014, submetido ao rito do art.543-C do Código de Processo Civil (Recurso Especial Repetitivo), fixou entendimento pela impossibilidade de se aplicar de forma retroativa o Decreto nº 4.882/2003, que reduziu o patamar de ruído para 85 decibéis, na forma que segue:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. DESAFETAÇÃO DO PRESENTE CASO. PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. TEMPO ESPECIAL. RUÍDO. LIMITE DE 90DB NO PERÍODO DE 6.3.1997 A 18.11.2003. DECRETO 4.882/2003. LIMITE DE 85 DB. RETROAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.

1. Considerando que o Recurso especial 1.398.260/PR apresenta fundamentos suficientes para figurar como representativo da presente controvérsia, este recurso deixa de se submeter ao rito do art.543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008.

2. Está pacificado no STJ o entendimento de que a lei que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação do labor. Nessa mesma linha: REsp 1.151.363/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 5.4.2011; REsp 1.310.034/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 19.12.2012, ambos julgados sob o regime do art. 543-C do CPC.

3. O limite de tolerância para configuração da especial idade do tempo de serviço para o agente ruído deve ser de 90 dB no período de 6.3.1997 a 18.11.2003, conforme Anexo IV do Decreto 2.172/1997 e Anexo IV do Decreto 3.048/1999, não sendo possível aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar para 85 dB, sob pena de ofensa ao art. 6º da LINDB (ex-LICC). Precedentes do STJ.

4. Na hipótese dos autos, a redução do tempo de serviço especial implica indeferimento do pedido de aposentadoria especial por falta de tempo de serviço.

5. Recurso especial provido (REsp 1401619/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 05/12/2014).

Dessa forma, é de se considerar prejudicial até 05.03.1997 a exposição a nível de ruído

superior a 80 decibéis, de 06.03.1997 a 18.11.2003, superior a 90 decibéis e, a partir de então, superior a 85 decibéis.

De outra parte, o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, instituído pelo art. 58, §4º, da Lei nº 9.528/97, é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, sendo apto para comprovar o exercício de atividades em condições especiais, fazendo às vezes do laudo técnico.

E não afasta a validade de suas conclusões o fato de ter sido o PPP ou laudo elaborado posteriormente à prestação do serviço, vez que tal requisito não está previsto em lei, mormente porque a responsabilidade por sua expedição é do empregador, não podendo o empregado arcar com o ônus de eventual desídia daquele e, ademais, a evolução tecnológica tende a propiciar condições ambientais menos agressivas à saúde do obreiro do que aquelas vivenciadas à época da execução dos serviços.

No julgamento do Recurso Extraordinário em Agravo (ARE) 664335, em 04.12.2014, com repercussão geral reconhecida, o E. STF fixou duas teses para a hipótese de reconhecimento de atividade especial com uso de Equipamento de Proteção Individual, sendo que a primeira refere-se à regra geral que deverá nortear a análise de atividade especial, e a segunda refere-se ao caso concreto em discussão no recurso extraordinário em que o segurado esteve exposto a ruído, que podem ser assim sintetizadas:

- i) tese 1 - regra geral: o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo a sua saúde, de modo que se o Equipamento de Proteção Individual (EPI) for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo à concessão constitucional de aposentadoria especial; e ii) tese 2 - agente nocivo ruído: 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 a aposentadoria especial, tendo em vista que no cenário atual não existe equipamento individual capaz de neutralizar os malefícios do ruído, pois que atinge não só a parte auditiva, mas também óssea e outros órgãos.

NO CASO DOS AUTOS, os períodos incontroversos em virtude de acolhimento na via administrativa totalizam 31 anos e 10 meses (fls. 10/11), tendo sido reconhecido como de natureza especial o período de 04.05.1987 a 06.03.1991. Portanto, a controvérsia colocada nos autos engloba apenas o reconhecimento da natureza especial das atividades exercidas nos períodos de 07.03.1991 a 21.05.1998, 21.07.1998 a 31.08.1998 e 01.09.1998 a 24.04.2013.

Ocorre que, nos períodos de 07.03.1991 a 21.05.1998, 21.07.1998 a 31.08.1998 e 01.09.1998 a 24.04.2013, a parte autora, nas atividades de operadora de hemodinâmica e auxiliar de enfermagem, esteve exposta a agentes biológicos, em virtude de contato com pacientes ou materiais infecto-contagiantes (fls. 42/43 e 45/48), devendo também ser reconhecida a natureza especial das atividades exercidas nesses períodos, conforme código 1.3.2 do Decreto nº 53.831/64, código 1.3.4 do Decreto nº 83.080/79, código 3.0.1 do Decreto nº 2.172/97 e código 3.0.1 do Decreto nº 3.048/99.

Sendo assim, somados todos os períodos especiais, totaliza a parte autora 25 anos, 09 meses e 23 dias de tempo especial até a data do requerimento administrativo, observado o conjunto probatório produzido nos autos e os fundamentos jurídicos explicitados na presente decisão.

Restaram cumpridos pela parte autora, ainda, os requisitos da qualidade de segurado (art. 15 e seguintes da Lei nº 8.213/91) e carência para a concessão do benefício almejado (art. 142 e seguintes da Lei nº 8.213/91).

Destarte, a parte autora faz jus à aposentadoria especial com renda mensal inicial de 100% do salário-de-benefício, nos termos do art. 57 da Lei nº 8.213/91, sendo este último calculado pela média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, nos termos do art. 29, inc. II, da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99. As parcelas já pagas a título de aposentadoria por tempo de contribuição serão devidamente compensadas em liquidação de sentença.

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 devida expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante nº 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.

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).

Diante do exposto, *dou provimento à apelação da parte autora*, para, fixando, de ofício, os consectários legais, julgar procedente o pedido e condenar o réu a transformar o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição atualmente implantado em aposentadoria especial, a partir do requerimento administrativo, observada eventual prescrição quinquenal, tudo na forma acima explicitada.

As verbas acessórias, as prestações em atraso e a compensação de parcelas já pagas a título de aposentadoria por tempo de contribuição também deverão ser calculadas na forma acima estabelecida, em fase de liquidação de sentença.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, expeça-se e-mail ao INSS, instruído com os devidos documentos da parte autora, ZENAIDE RIBEIRO DOS SANTOS SILVA, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja *implantado o benefício de APOSENTADORIA ESPECIAL*, D.I.B. (data de início do benefício) em 24.04.2013 e R.M.I. (renda mensal inicial) a ser calculada pelo INSS, *cancelando-se simultaneamente a aposentadoria por tempo de contribuição* (NB 42/164.405.360-5), concedida administrativamente, tendo em vista o art. 497 do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15).

É como voto.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0028979-25.2015.4.03.0000

(2015.03.00.028979-7)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravado: ONOFRE COELHO (falecido)
Habilitada: FABIANA SANTOS DE PAULA
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE MIGUELÓPOLIS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Classe do Processo: AI 572914
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/07/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. HABILITAÇÃO DE HERDEIRA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA RECONHECIDA POR DECISÃO TRÂNSITA EM JULGADO. COISA JULGADA. REFLEXOS NA ESFERA PREVIDENCIÁRIA.

I - A agravada teve reconhecida a paternidade socioafetiva do *de cuius* e declarada sua habilitação à herança. É, portanto, herdeira, na forma dos arts. 1.596 e 1.829, I, do Código Civil.

II - A doutrina civilista moderna tem no princípio da afetividade o fundamento para dar proteção jurídica a parentescos firmados para além da consanguinidade, do liame biológico que distinguia os “filhos naturais” dos filhos adotivos.

III - O Direito Previdenciário não pode se distanciar da realidade já reconhecida pelo Direito Civil. E nem pode ser interpretado como um regramento totalmente divorciado do sistema jurídico nacional. É direito social que tem por fim dar proteção, não podendo excluir aqueles dos quais o segurado cuidou como se seus filhos biológicos fossem. O art. 16, II e III, da Lei n. 8.213/91, faz referência a filhos e irmãos “de qualquer condição”, portanto, não restringindo ao parentesco biológico.

IV - A agravada pediu sua habilitação como herdeira do segurado falecido. E sobre sua condição de herdeira não pesa dúvida, uma vez que a decisão que assim a declarou transitou em julgado, até porque a certidão de seu nascimento já tem o nome do *de cuius* como seu pai.

V - A agravada tem a seu favor, além da coisa julgada, a construção jurisprudencial que a reconhece como filha e herdeira do segurado falecido.

VI - A paternidade socioafetiva, reconhecida, no caso, por decisão transitada em julgado, tem reflexos favoráveis à agravada na esfera previdenciária.

VII - Agravo de instrumento a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 04 de julho de 2016.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Agravo de Instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em razão da decisão que, no processo originário, deferiu a habilitação de pessoa que se diz herdeira do segurado falecido e pretende o levantamento da quantia devida pelo INSS em razão de condenação com trânsito em julgado.

Sustenta o agravante que a agravada requereu sua habilitação como herdeira após ter obtido o reconhecimento de paternidade socioafetiva em ação que tramitou pela 1ª Vara da Família da Comarca de Franca/SP. Alega que os efeitos da sentença não alcançam o INSS porque este não foi parte naquele processo e, além do mais, o entendimento “é fruto de mera construção jurisprudencial, não estando fixado em nossa legislação pátria” (fls. 5). Argumenta que deve haver o consentimento do pai para que o registro de filho não biológico possa ser feito por escritura pública.

Alega que o segurado faleceu em 11.7.2009 e aquela ação foi ajuizada em maio de 2013, restando, por isso, prejudicado o “requisito da vontade expressa de uma das partes interessadas, pois, caso fosse tal ato vontade do Sr. Onofre, teria efetuado referido reconhecimento em vida” (fls. 6). Sustenta que o vínculo afetivo não prevalece sobre o biológico e não está de acordo com o art. 1603 do Código Civil. Além do mais, sustenta, na certidão de óbito, que teve a agravada como declarante, consta que o *de cuius* não deixou filhos.

A decisão de fls. 311/314 indeferiu o efeito suspensivo

O(A) agravado(a) não apresentou contraminuta.

O recurso foi interposto, tempestivamente, em 04.12.2015.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

O instrumento traz cópias dos autos do processo originário.

Vê-se que Onofre Coelho, qualificado como trabalhador rural solteiro naquela inicial, propôs ação, em 1.990, onde requereu aposentadoria por velhice e benefícios e serviços sociais e de saúde.

Procedente o pedido, o INSS foi condenado a pagar o benefício desde a citação, bem como a prestar-lhe assistência social e à saúde (sentença de 20.8.1991). Nesta Corte foi negado provimento ao recurso do INSS por acórdão publicado em 23.2.1994. O Recurso Especial interposto pelo INSS não foi admitido (10.11.1994).

Já em fase de execução de sentença (fls. 189 do instrumento), foi juntada petição da agravada, onde informa o falecimento do autor, bem como o julgamento de procedência de seu pedido de reconhecimento de paternidade socioafetiva. Juntadas a sentença proferida na-

queles autos, a certidão de óbito do segurado e a certidão de nascimento da agravada, onde o segurado falecido figura como seu pai.

O INSS não concordou com o pedido de habilitação, tendo o juízo determinado que a agravada comprovasse não ter se beneficiado financeiramente da morte de seu pai biológico (fls. 234). Veio resposta, onde a agravada alega que não conheceu seu pai biológico (fls. 239/240).

A habilitação foi então deferida, ao fundamento de ter a agravada comprovado sua condição de sucessora (fls. 243, em 10.8.2015).

Não compete ao juízo da causa previdenciária manifestar-se sobre o acerto ou erro da decisão que declarou a paternidade socioafetiva e habilitou a agravada à herança do *de cuius*. Cabe, sim, neste processo, analisar os efeitos previdenciários daquela decisão.

O INSS sustenta que não pode sofrer os efeitos da decisão que reconheceu a paternidade socioafetiva e habilitou a agravada à herança do segurado, ao fundamento de não ter sido parte naquela relação processual.

O argumento não se sustenta e não é novo, pois é muito semelhante ao que o INSS costuma alegar quando refuta a validade de sentença proferida pela Justiça do Trabalho que reconhece vínculo trabalhista, justamente porque não foi parte na reclamatória.

A relação previdenciária que se forma entre o INSS e o segurado é diferente da relação que se forma entre o segurado e seu empregador. São esferas jurídicas diferentes, de modo que o INSS não participa da relação processual trabalhista, assim como o empregador não é parte na lide previdenciária.

É evidente que o reconhecimento do vínculo trabalhista terá repercussão previdenciária, no custeio e na cobertura previdenciária, mas nem por isso o INSS será litisconsorte. Assim como a decisão de procedência proferida em ação que tem por objeto cobertura previdenciária em razão de acidente do trabalho terá repercussão na esfera trabalhista, e que também não tem o empregador como litisconsorte.

O entendimento do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TEMPO DE SERVIÇO. SENTENÇA TRABALHISTA. RECONHECIMENTO. PROVA MATERIAL. INÍCIO.

1. A sentença trabalhista, ainda que a autarquia previdenciária não tenha integrado a lide, poderá ser admitida como início de prova material para fins de reconhecimento de tempo de serviço, quando corroborada pelo conjunto probatório carreado aos autos. Precedentes.
2. Agravo regimental a que se nega provimento.
(6ª Turma, AgRg Ag 1.428.497/PI, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 29/2/2012).

A sucessão do autor nas ações previdenciárias tem disciplina no art. 112 da Lei. 8.213/1991: Art. 112. O valor não recebido em vida pelo segurado só será pago aos seus dependentes habilitados à pensão por morte ou, na falta deles, aos seus sucessores na forma da lei civil, independentemente de inventário ou arrolamento.

A certidão de óbito do segurado comprova que era solteiro e não tinha filhos. Também não há nos autos comprovação da existência de dependentes habilitados à pensão por morte. Aplica-se, por isso, a lei civil, ou seja, o Código Civil, que dispõe sobre herança e herdeiros.

A agravada teve reconhecida a paternidade socioafetiva do *de cuius* e declarada sua habilitação à herança. É, portanto, herdeira, na forma dos arts. 1.596 e 1.829, I, do Código Civil.

O INSS sustenta que a agravada não pode ser admitida como sucessora porque a filiação socioafetiva é “mera construção jurisprudencial”. Argumento insustentável porque a jurisprudência é fonte do direito e o que resta por ela firmado produz os mesmos efeitos decorrentes das normas legais.

Foram as construções jurisprudenciais que levaram ao reconhecimento e adoção, até pela Constituição Federal, da antes denominada “sociedade de fato” como a atual união estável. Assim também com a união homoafetiva, que, embora ainda não expressamente coberta pela legislação, já é largamente reconhecida pela sociedade civil e, via de consequência, pela jurisprudência. E é o que agora ocorre com a denominada filiação/paternidade/parentalidade socioafetiva.

A doutrina civilista moderna tem no princípio da afetividade o fundamento para dar proteção jurídica a parentescos firmados para além da consanguinidade, do liame biológico que distinguia os “filhos naturais” dos filhos adotivos.

A realidade social exige que a proteção jurídica se estenda àqueles que, com base no afeto e sem vínculo biológico, constituem famílias, até porque laços fundados no afeto podem ser muito mais resistentes às armadilhas da vida que laços fundados nos liames, estes sim, “meramente” biológicos e facilmente esfacelados quando submetidos ao teste das divisões de patrimônio.

Vale a lição de FLÁVIO TARTUCE (*in* Revista Jurídica Consulex, Ano XVI, nº 378, 15.10.2012, ps. 28/29):

Tornou-se comum, na doutrina contemporânea, afirmar que o afeto tem valor jurídico ou, mais do que isso, foi alçado à condição de verdadeiro princípio geral. Como bem pondera a jurispicinalista Giselle Câmara Groeninga, “O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade.

...

Dessa forma, apesar da falta de sua previsão expressa na legislação, percebe-se que a sensibilidade dos juristas é capaz de demonstrar que a afetividade é um princípio do nosso sistema.

...

De início, como primeira consequência, a afetividade contribuiu para o reconhecimento jurídico da união homoafetiva, expressão cunhada por Maria Berenice Dias como entidade familiar.

...

A terceira e última consequência da afetividade a ser apontada é o reconhecimento da parentalidade socioafetiva como nova forma de parentesco, enquadrada na cláusula geral “outra origem”, do art. 1.593 do CC/02. Não se olvide que a ideia surgiu a partir de histórico artigo de João Baptista Villela, publicado em 1979, tratando da ‘desbiologização da paternidade’. Concluiu o jurista, na ocasião, que o vínculo da parentalidade é mais do que um dado biológico, é um dado cultural, consagração técnica da máxima popular ‘pai é quem cria’. Paulatinamente, a jurisprudência passou a considerar que a posse de estado de filho deve ser levada em conta para a determinação do vínculo filial, ao lado das verdades registral e biológica. Nos acórdãos mais notórios, julgou-se como indissolúvel o vínculo filial formado nos casos de reconhecimento espontâneo de filho alheio, cumulado com a convivência posterior entre pais e filhos”.

...

Outras decisões devem surgir, sendo a multiparentalidade um caminho sem volta no Direito de Família contemporâneo, consolidando ainda mais a afetividade como princípio jurídico do sistema nacional (destaques do autor).

É também a lição de MARCUS VINÍCIUS KIKUNAGA (*in* Direito de Família e Afetividade no Século XXI, mesmo periódico, pgs. 32-35):

Princípio da afetividade - Nosso sistema atual tem como principal paradigma a afetividade, de tal modo que a principal filiação e a principal espécie de família são as que gozam da socioafetividade, pouco importando sua origem. Para Paulo Luiz Netto Lôbo, o princípio da afetividade é “fato jurídico-constitucional, pois é espécie do princípio da dignidade humana e emerge das normas acima referidas, que o sistematizam”.

É a vida ditando as regras, que vão se distanciando da letra fria e estática das normas jurídicas, obedecendo ao desenvolvimento social e à adoção de novos valores. É de CARLOS MAXIMILIANO a lição sempre bem-vinda (*in* Hermenêutica e Aplicação do Direito, 10^a ed., Forense/RJ, pg. 44-49):

50 - (...) Prevalece hoje, em toda a linha, a exposição sistemática, sobretudo quanto ao Direito Civil, Comercial e Criminal. O jurisconsulto serve-se do conjunto das disposições no sentido de construir, com os materiais esparsos em centenas de artigos, um todo orgânico, metódico.

51- A velha escolástica cedeu o lugar ao sistema que se poderia denominar histórico-evolutivo, ou evolutivo, apenas (1). Alguns mestres de Hermenêutica aceitaram a modernização da teoria, de frente erguida, sem rebuço, nem subterfúgio; tentam outros conciliar o passado com o presente, admitir a exegese progressiva sobre a base da dogmática; insistem em inquirir a vontade geradora dos dispositivos, porém permitem que se observe não só o que o legislador quis, mas também o que ele quereria se vivesse no meio atual, enfrentasse determinado caso concreto hodierno, ou se compenetrasse das necessidades contemporâneas de garantias, não suspeitadas pelos antepassados (2).

Os que disfarçam a sua conformidade com a doutrina da evolução e, sobretudo, os que aderem à mesma em tom sincero e franco, realizam cada dia obra de justiça, de ciência, de progresso; amoldam-se às necessidades da prática; ante a impossibilidade de alterar com intervalos breves os textos positivos, seguem vereda segura: plasmado o Direito em forma ampla, dútil, adaptam-no, pela interpretação, às exigências sociais imprevistas, às variações sucessivas do meio (3).

Compete à exegese construtora “fecundar a letra da lei na sua imobilidade, de maneira que se torne esta a expressão real da vida do Direito” (4). Mergulhe, profundamente, nas ondas do objetivo, participando da realidade (5).

O intérprete não cria prescrições, nem posterga as existentes; deduz a nova regra, para um caso concreto, do conjunto das disposições vigentes, consentâneas com o progresso geral; e assim obedece ao conceito de Paulo - *Non ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat* - “da regra não se extraia o Direito, ao contrário, com o Direito, tal qual na essência ele é, construa-se a regra” (6).

...

Na verdade, ante disposições inalteradas varia a exegese, segundo as ideias dominantes, os pendores individuais, compenetrados todos de que agiram com exemplar retidão, em obediência exclusiva aos ditames da própria consciência; entretanto, a evolução existe, avassaladora, inelutável; domina e arrasta os próprios irredutíveis, a pondo de lhe obedecerem às exigências os que presumem resistir ainda; os adiantados correm mais e agem por alvedrio próprio; os

outros marcham a passo tardo, porém não deixam de andar para a frente; a contradição é mais aparente do que real; todos seguem no mesmo rumo, uns adiante, outros atrás. (...).

E diz, mais adiante (p. 61):

Quanto melhor souber a jurisprudência adaptar o Direito vigente às circunstâncias da vida, tanto menos necessário se tornará pôr em movimento a máquina de legislar. Até mesmo a norma defeituosa pode atingir os seus fins, desde que seja inteligentemente aplicada (1).

O Direito Previdenciário não pode se distanciar da realidade já reconhecida pelo Direito Civil. E nem pode ser interpretado como um regramento totalmente divorciado do sistema jurídico nacional. É direito social que tem por fim dar proteção, não podendo excluir aqueles dos quais o segurado cuidou como se seus filhos biológicos fossem. Convém lembrar que o art. 16, I e III, da Lei nº 8.213/91, faz referência a filhos e irmãos “de qualquer condição”, portanto, não restringindo ao parentesco biológico.

A agravada pediu sua habilitação como herdeira do segurado falecido. E sobre sua condição de herdeira não pesa dúvida, uma vez que a decisão que assim a declarou transitou em julgado, até porque a certidão de seu nascimento já tem o nome do *de cuius* como seu pai.

E mesmo que assim não fosse, seria possível ao juiz da causa previdenciária reconhecer a filiação socioafetiva para fins de reconhecimento da condição de dependente, se fosse o caso, ou da condição de herdeiro, assim como o faz quando reconhece a existência de união estável para fins previdenciários.

Mas a agravada tem a seu favor, além da coisa julgada, a construção jurisprudencial que a reconhece como filha e herdeira do segurado falecido.

Pelo exposto, conclui-se que a paternidade socioafetiva, reconhecida, no caso, por decisão trântica em julgado, tem reflexos favoráveis à agravada na esfera previdenciária, restando correta a decisão agravada.

NEGO PROVIMENTO ao agravo.

É como voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0032396-59.2015.4.03.9999
(2015.03.99.032396-2)

Apelante: PAULO SERGIO SISDELI FEROLDI
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE VIRADOURO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO
Classe do Processo: AC 2093719
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/07/2016

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA À PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPEDIMENTO DE LONGO PRAZO AFASTADO PELA PROVA PERICIAL. INTERPRETAÇÃO CONTRARIO SENSU. ART. 479, CPC. ADOÇÃO DAS CONCLUSÕES PERICIAIS. MATÉRIA NÃO ADSTRITA À CONTROVÉRSIA MERAMENTE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INFIRMEM O PARECER DO EXPERTO. VALORAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. CONVICÇÕES DO MAGISTRADO. REGRAS DE EXPERIÊNCIA COMUM. ARTIGO 375, CPC. LONGO PERÍODO DE INATIVIDADE. FALTA DE EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL. FALTA DE CAPACITAÇÃO PROFISSIONAL. EXIGÊNCIAS DO MERCADO DE TRABALHO. OBSTÁCULOS QUE REFOGEM À COBERTURA ASSISTENCIAL. REQUISITO ETÁRIO NÃO CUMPRIDO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1 - O art. 20 da Lei Assistencial, com redação fornecida pela Lei nº 12.435/2011, e o art. 1º de seu decreto regulamentar estabeleceram os requisitos para a concessão do benefício, quais sejam: ser o requerente deficiente ou idoso, com 70 anos ou mais e que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e nem tê-la provida por sua família. A idade mínima de 70 anos foi reduzida para 67 anos, a partir de 1º de janeiro de 1998, pelo art. 1º da Lei nº 9.720/98 e, posteriormente, para 65 anos, através do art. 34 da Lei nº 10.741 de 01 de outubro de 2003, mantida, inclusive, por ocasião da edição da Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011.

2 - Pessoa com deficiência é aquela incapacitada para o trabalho, em decorrência de impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com uma ou mais barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, na dicção do art. 20, §2º, com a redação dada pela Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.

3 - O impedimento de longo prazo, a seu turno, é aquele que produz seus efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos (§1º).

4 - A incapacidade exigida, por sua vez, não há que ser entendida como aquela que impeça a execução de todos os atos da vida diária, para os quais se faria necessário o auxílio permanente de terceiros, mas a impossibilidade de prover o seu sustento por meio do exercício de trabalho ou ocupação remunerada.

5 - O exame médico pericial de fls. 69/73, realizado em 27 de agosto de 2012, diagnosticou o autor como portador de lesão definitiva de mão direita em flexão. De acordo com o perito, o autor é canhoto “e está apto para as atividades que podem ser desenvolvidas com a mão esquerda. Porém não pode exercer todas as atividades que envolvam o uso dos dois membros superiores.”. Concluiu o laudo pela capacidade laboral.

6 - Da mesma forma que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, a contrario sensu do que dispõe o artigo 479 do Código de Processo Civil e do princípio do livre convencimento motivado, a não adoção das conclusões periciais, na matéria técnica ou científica que refoge à controvérsia meramente jurídica depende da existência de elementos robustos nos autos em sentido contrário e que infirmem claramente o parecer do experto. Atestados médicos, exames ou quaisquer outros documentos produzidos unilateralmente pelas partes não possuem tal aptidão, salvo se aberrante o laudo pericial, circunstância que não se vislumbra no caso concreto. Por ser o juiz o destinatário das provas, a ele incumbe a valoração do conjunto probatório trazido a exame. Precedentes: STJ, 4ª Turma, RESP nº 200802113000, Rel. Luis Felipe Salomão, DJE: 26/03/2013; AGA 200901317319, 1ª Turma, Rel. Arnaldo Esteves Lima, DJE. 12/11/2010.

7 - Dos documentos carreados aos autos, conclui-se, também, que o autor nunca ostentou durante toda a vida um único vínculo laborativo, o que significa dizer, com fundamento nas máximas de experiência, conforme disciplina o art. 375 do CPC (art. 335 do CPC/73), que as dificuldades para exercer ocupação que lhe permita prover o sustento não decorreriam somente de hipotético impedimento de longo prazo - já afastado pela prova pericial - mas, principalmente, pelo longo período de inatividade, pouquíssima experiência profissional, exigências hodiernas do mercado de trabalho e falta de capacitação profissional, circunstâncias estas que não autorizam concluir seja o autor pessoa com deficiência e, muito menos, que se enquadre na hipótese legal autorizadora da concessão de benefício assistencial.

8 - O autor possui 32 (trinta e dois) anos de idade na presente data, não tendo implementado o requisito etário.

9 - Constatada, mediante exame médico-pericial, a ausência de impedimento de longo prazo que obstaculize o exercício de trabalho remunerado, de rigor o indeferimento do pedido.

10 - Apelação desprovida.

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, negra provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de julho de 2016.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação interposta por PAULO SÉRGIO SISDELI FEROLDI, em ação ajuizada contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição Federal.

A r. sentença de fls. 121/123 verso julgou improcedente o pedido inicial e condenou a parte autora no pagamento de custas processuais e dos honorários advocatícios arbitrados em R\$ 1.200,00, ressalvado o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

Em razões recursais de fls. 126/133, pugna pela reforma da sentença, ao fundamento de haver preenchido os requisitos necessários à concessão do benefício.

Devidamente processado o recurso, foram os autos remetidos a este Tribunal Regional Federal.

Pareceres do Ministério Público Estadual (fls. 140/141) e Ministério Público Federal (fls. 147/148 verso), ambos no sentido do desprovimento do recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

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

A República Federativa do Brasil, conforme disposto no art. 1º, III, da Constituição Federal, tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana que, segundo José Afonso da Silva, consiste em:

um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana”.

(Curso de Direito Constitucional Positivo. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 106-107).

Para tornar efetivo este fundamento, diversos dispositivos foram contemplados na elaboração da Carta Magna, dentre eles, o art. 7º, IV, que dispõe sobre as necessidades vitais básicas como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social e o art. 203, que instituiu o benefício do amparo social, com a seguinte redação:

A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Entretanto, o supracitado inciso, por ser uma norma constitucional de eficácia limitada, dependia da edição de uma norma posterior para produzir os seus efeitos, qual seja, a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, regulamentada pelo Decreto nº 1.744, de 8 de dezembro de 1995 e, posteriormente, pelo Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007.

O art. 20 da Lei Assistencial, com redação fornecida pela Lei nº 12.435/2011, e o art. 1º de seu decreto regulamentar estabeleceram os requisitos para a concessão do benefício, quais sejam: ser o requerente deficiente ou idoso, com 70 anos ou mais e que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e nem tê-la provida por sua família. A idade mínima de 70 anos foi reduzida para 67 anos, a partir de 1º de janeiro de 1998, pelo art. 1º da Lei nº 9.720/98 e, posteriormente, para 65 anos, através do art. 34 da Lei nº 10.741 de 01 de outubro de 2003, mantida, inclusive, por ocasião da edição da Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011.

Os mesmos dispositivos legais disciplinaram o que consideram como pessoa com deficiência, família e ausência de condições de se manter ou de tê-la provida pela sua família.

Pessoa com deficiência é aquela incapacitada para o trabalho, em decorrência de impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com uma ou mais barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, na dicção do art. 20, §2º, com a redação dada pela Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.

O impedimento de longo prazo, a seu turno, é aquele que produz seus efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos (§10º).

A incapacidade exigida, por sua vez, não há que ser entendida como aquela que impeça a execução de todos os atos da vida diária, para os quais se faria necessário o auxílio permanente de terceiros, mas a impossibilidade de prover o seu sustento por meio do exercício de trabalho ou ocupação remunerada.

Neste sentido, o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, em julgado da lavra do Ministro Relator Gilson Dipp (5ª Turma, REsp nº 360.202, 04.06.2002, DJU 01.07.2002, p. 377), oportunidade em que se consignou:

O laudo pericial que atesta a incapacidade para a vida laboral e a capacidade para a vida independente, pelo simples fato da pessoa não necessitar da ajuda de outros para se alimentar, fazer sua higiene ou se vestir, não pode obstar a percepção do benefício, pois, se esta fosse a conceituação de vida independente, o benefício de prestação continuada só seria devido aos portadores de deficiência tal, que suprimisse a capacidade de locomoção do indivíduo - o que não parece ser o intuito do legislador.

Pleiteia o autor a concessão do benefício assistencial, uma vez que, segundo alega, é portador de incapacidade total e permanente para o trabalho e não possui condições de manter seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família.

O exame médico pericial de fls. 69/73, realizado em 27 de agosto de 2012, diagnosticou o autor como portador de lesão definitiva de mão direita em flexão.

De acordo com o perito, o autor é canhoto “e está apto para as atividades que podem ser desenvolvidas com a mão esquerda. Porém não pode exercer todas as atividades que en-

volvam o uso dos dois membros superiores.”

Concluiu o laudo pela capacidade laboral.

Além do mais, da mesma forma que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, a *contrario sensu* do que dispõe o artigo 479 do Código de Processo Civil e do princípio do livre convencimento motivado, a não adoção das conclusões periciais, na matéria técnica ou científica que refoge à controvérsia meramente jurídica depende da existência de elementos robustos nos autos em sentido contrário e que infirmem claramente o parecer do experto. Atestados médicos, exames ou quaisquer outros documentos produzidos unilateralmente pelas partes não possuem tal aptidão, salvo se aberrante o laudo pericial, circunstância que não se vislumbra no caso concreto. Por ser o juiz o destinatário das provas, a ele incumbe a valoração do conjunto probatório trazido a exame. Precedentes: STJ, 4ª Turma, RESP nº 200802113000, Rel. Luis Felipe Salomão, DJE: 26/03/2013; AGA 200901317319, 1ª Turma, Rel. Arnaldo Esteves Lima, DJE. 12/11/2010.

É possível concluir, também, dos documentos carreados aos autos, que o autor nunca ostentou durante toda a vida um único vínculo laborativo, o que significa dizer, com fundamento nas máximas de experiência, conforme disciplina o art. 375 do CPC (art. 335 do CPC/73), que as dificuldades para exercer ocupação que lhe permita prover o sustento não decorreriam somente de hipotético impedimento de longo prazo - já afastado pela prova pericial - mas, principalmente, pelo longo período de inatividade, pouquíssima experiência profissional, exigências hodiernas do mercado de trabalho e falta de capacitação profissional, circunstâncias estas que não autorizam concluir seja o autor pessoa com deficiência e, muito menos, que se enquadre na hipótese legal autorizadora da concessão de benefício assistencial.

Impende salientar, ainda, que o autor possui 32 (trinta e dois) anos de idade na presente data, não tendo implementado o requisito etário.

Dessa forma, ausente o impedimento de longo prazo que obstaculize o exercício de trabalho remunerado, de rigor o insucesso da demanda.

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso de apelação da autora, mantendo íntegra a r. sentença de 1º grau de jurisdição.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0039524-33.2015.4.03.9999

(2015.03.99.039524-9)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: JOSÉ DONIZETE DE ARAÚJO

Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE MATÃO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA

Classe do Processo: ApelReex 2108903

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/08/2016

EMENTA

PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 543-C, § 7º, DO CPC DE 1973, ATUAL ARTIGO 1.036 DO CPC DE 2015. RECÁLCULO DE RENDA MENSAL. VALOR MENSAL. AUXÍLIO-ACIDENTE. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO. APOSENTADORIA.

1. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP 1104207, na forma do art. 543-C do CPC de 1973 (atual artigo 1.036 do CPC de 2015), assentou entendimento no sentido do cômputo do valor mensal do auxílio-acidente considerando-o como salário-de-contribuição, nos termos dos artigos 31 e 34, inciso II, da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.528/97.

2. Não foi no sentido de cumular aposentadoria com auxílio-acidente, mas do valor mensal do auxílio-acidente integrar o salário-de-contribuição, para fim de cálculo de salário-de-benefício da aposentadoria.

3. Reconhecido o direito à forma de cálculo do salário-de-benefício da aposentadoria mediante o cômputo do valor mensal do auxílio-acidente considerando-o como salário-de-contribuição, nos termos dos artigos 31 e 34, inciso II, da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.528/97.

4. Possibilidade de retratação afastada. Determinada a remessa dos autos remetidos à Vice-Presidência.

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, manter o acórdão e determinar a remessa dos autos remetidos à Vice-Presidência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de julho de 2016.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Trata-se de incidente de retratação encaminhado pela Excelentíssima Vice-Presidente desta Corte, nos termos do art. 543-C, § 7º, inciso II do Código de Processo Civil, em razão da

matéria veiculada no Recurso Especial interposto pelo INSS contra acórdão da 10ª Turma, que rejeitou os embargos de declaração, opostos contra acórdão que negou provimento ao agravo legal, para impugnar a decisão monocrática que rejeitou as preliminares arguidas e, no mérito, negou provimento à apelação do INSS e deu parcial provimento ao reexame necessário para excluir da condenação o pagamento das despesas processuais e fixar a correção monetária e os juros de mora, na ação de revisão de benefício previdenciário.

Tendo em vista que o E. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do RESP nº 1.296.673/MG, decidido sob a sistemática de repercussão geral da matéria (CPC/73, artigo 543-C), assentou o entendimento segundo o qual a acumulação do auxílio-acidente com proventos de aposentadoria pressupõe que a eclosão da lesão incapacitante, apta a gerar o direito ao auxílio-acidente e a concessão da aposentadoria, sejam anteriores à alteração do art. 86, §§ 2º e 3º, da Lei 8.213/91, promovida em 11/11/1997 pela Medida Provisória 1.596-14/1997, posteriormente convertida na Lei 9.528/1997.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

José Donizete de Araújo ajuizou a presente demanda objetivando o recálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição da parte autora, para que sejam computados os valores recebidos a título de auxílio-acidente como salários-de-contribuição na aposentadoria, na forma do artigo 31 da Lei nº 8.213/91, com o pagamento das diferenças devidas atualizadas, observada a prescrição quinquenal, acrescidas de juros de mora, despesas processuais e honorários advocatícios.

A sentença (fls. 121/124) julgou procedente o pedido, condenando o INSS a proceder ao recálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição da parte autora, para que sejam computados os valores recebidos a título de auxílio-acidente como salários-de-contribuição na aposentadoria, na forma do artigo 31 da Lei nº 8.213/91, e as diferenças devidas acrescidas dos consectários legais.

A decisão monocrática (fls. 150/152) rejeitou as preliminares arguidas e, no mérito, negou provimento à apelação do INSS e deu parcial provimento ao reexame necessário para excluir da condenação o pagamento das despesas processuais e fixar a correção monetária e os juros de mora.

Desprovido o agravo legal interposto contra a decisão (fls. 159/163vº) e rejeitado os embargos de declaração opostos contra o acórdão proferido (fls. 170/172) pela Colenda 10ª Turma deste egrégio Tribunal Regional Federal.

Foi interposto recurso especial pelo INSS objetivando a improcedência do pedido.

Com efeito, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP 1104207, na forma do art. 543-C do CPC de 1973 (atual artigo 1.036 do CPC de 2015), assentou entendimento no sentido do cômputo do valor mensal do auxílio-acidente considerando-o como salário-de-contribuição, nos termos dos artigos 31 e 34, inciso II, da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.528/97:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUXÍLIO-ACIDENTE. LEI Nº 9.528/97. INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. CUMULAÇÃO COM APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Conforme estabelece o art. 31 da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.528/97, “O valor mensal do auxílio-acidente integra o salário-de-contribuição, para fins de cálculo do salário-de-benefício de qualquer aposentadoria [...]”.
2. Desse modo, não prevalece a alegação do Autor de que, por se tratar de benefícios provenientes de fatos geradores e fontes de custeio distintos, não haveria óbice à cumulação de aposentadoria com o auxílio-acidente.
3. Na ausência de fundamento relevante que infirme as razões consideradas no julgado agravado, deve ser mantida a decisão hostilizada por seus próprios fundamentos.
4. Agravo regimental desprovido. (AGA 200802240279, 5ª turma; rel. min. Laurita Vaz, julg. 16/04/2009, DJE data:11/05/2009 ..dtpb).

Cumpre salientar que a decisão não foi no sentido de cumular aposentadoria com auxílio-acidente, mas do valor mensal do auxílio-acidente integrar o salário-de-contribuição, para fim de cálculo de salário-de-benefício da aposentadoria.

Portanto, foi reconhecido o direito à forma de cálculo do salário-de-benefício da aposentadoria mediante o cômputo do valor mensal do auxílio-acidente considerando-o como salário-de-contribuição, nos termos dos artigos 31 e 34, inciso II, da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.528/97.

Assim, o acórdão de fls. 170/172, não diverge da orientação fixada pelo E. STJ no julgamento do RESP 1104207.

Diante do exposto, mantenho o acórdão e determino sejam os presentes autos remetidos à Vice-Presidência.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSALIA - Relatora

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0046342-98.2015.4.03.9999

(2015.03.99.046342-5)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: JOSÉ NUNES DE OLIVEIRA

Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PIRANGI - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ANA PEZARINI

Classe do Processo: ApelReex 2125814

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/07/2016

EMENTA

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SEQUELA NEUROLÓGICA. NECESSIDADE DE ACOMPANHAMENTO PERMANENTE DE TERCEIRO. ACRÉSCIMO DE 25% DEVIDO.

- Demonstrada por laudo pericial a necessidade de acompanhamento permanente de terceiro para as atividades diárias básicas, é devido o acréscimo de 25% previsto no artigo 45 da Lei 8.213/91.

- Devida a majoração pleiteada pela parte autora em seu benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez.

- Apelação do INSS desprovida e remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS E DAR PARCIAL PROVIMENTO À REMESSA OFICIAL, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de julho de 2016.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

Trata-se de apelação interposta pelo INSS em face da r. sentença que julgou procedente o pedido deduzido na inicial, condenando a Autarquia Previdenciária a implantar o acréscimo de 25% a que se refere o artigo 45 da Lei nº 8.213/91 sobre a aposentadoria da parte autora desde o ajuizamento da ação (04/11/2014), discriminados os consectários, antecipada a tutela jurídica provisória, submetida expressamente ao reexame necessário. Sem custas.

Pretende o INSS que seja reformada a sentença para fixar a DIB na data da juntada do laudo pericial aos autos e, subsidiariamente, pugna pela aplicação da Lei nº 11.960/2009 quanto aos juros e atualização monetária (fls. 95/99).

A parte apelada apresentou suas contrarrazões (fls. 103/106).

Em síntese, o relatório.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

Passo ao exame do mérito.

O acréscimo de 25%, previsto artigo 45 da Lei nº 8.213/91, é devido ao beneficiário de aposentadoria por invalidez que necessite da assistência permanente de outra pessoa, *in verbis*:

Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento).

Parágrafo único. O acréscimo de que trata este artigo:

- a) será devido ainda que o valor da aposentadoria atinja o limite máximo legal;
- b) será recalculado quando o benefício que lhe deu origem for reajustado;
- c) cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporável ao valor da pensão.

No caso dos autos, a parte autora requereu aposentadoria por invalidez em 20/08/2010, tendo sido concedido o benefício com DIB em 01/04/2005 (fls. 10).

O laudo médico relata que o demandante é cadeirante há seis anos e apresenta sequela de patologia neurológica degenerativa, concluindo que “pela piora da sequela neurológica necessita da ajuda de outrem” (fls. 71), fazendo jus, portanto, ao acréscimo de 25% em sua aposentadoria por invalidez.

Neste sentido os seguintes precedentes:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ADICIONAL DE 25% DO ART. 45 DA LEI 8.213/91. TERMO INICIAL DA REVISÃO. DATA DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. OCORRÊNCIA. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O termo inicial da revisão deve ser mantido na data de concessão do benefício tal como posto na decisão agravada, porquanto restou comprovada a necessidade do autor do auxílio de terceiros para a realização das atividades da vida diária, em decorrência de incapacidade principada ainda na adolescência.

2. No que tange ao pedido referente à prescrição quinquenal, assiste razão ao INSS, uma vez que começou a receber o benefício de aposentadoria a partir de 31/05/1999, apenas ajuizou a ação revisional de benefício previdenciário por incapacidade em 19/08/2008.

3. É de se reformar parte do decismum, devendo o réu proceder à revisão do benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez do autor para incidência do adicional de 25% previsto no Art. 45 da Lei 8.213/91, desde a data da concessão do benefício, e pagar as diferenças havidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros da mora, observada a prescrição quinquenal.

4. Agravo parcialmente provido.

(TRF3 - AC 0010851-35.2012.4.03.9999, RELATOR DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, DECIMA TURMA, e-DJF3 09/09/2014).

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, CPC. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ACRÉSCIMO DE 25%. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO.

1. Em relação à comprovação do requisito incapacidade, o laudo médico-pericial, atestou a devida incapacidade para as atividades laborais, necessitando de auxílio permanente de terceiros para suas atividades pessoais diárias (quesito 6, fl. 36, respondido fl. 55), tendo em vista que a parte Autora é portadora de “retardo mental leve e transtorno depressivo recorrente com sintomas psicóticos”. Logo, o quadro diagnosticado mostra-se condizente com o benefício de aposentadoria por invalidez, com acréscimo de 25%, previsto no artigo 45, da Lei nº 8.213.

2. O termo inicial do benefício deve ser fixado a partir da data do requerimento administrativo em 09.12.2004, acrescido do abono anual, nos termos do artigo 40, da Lei nº 8.213/91.
3. O juiz não está adstrito a examinar todas as normas legais trazidas pelas partes, bastando que, *in casu*, decline os fundamentos suficientes para lastrear sua decisão.
4. Das alegações trazidas no presente, salta evidente que não almeja a parte Agravante suprir vícios no julgado, buscando, em verdade, externar seu inconformismo com a solução adotada, que lhe foi desfavorável, pretendendo vê-la alterada.
5. Agravo legal não provido.
(TRF3 - AC 00042528520094039999, Relator Desembargador Federal ANTONIO CEDE-NHO, SÉTIMA TURMA, e-DJF3 18/06/2010)

Ante a ausência de recurso da parte autora, mantenho o termo inicial do pagamento do acréscimo fixado pelo MM. Juiz *a quo* (ajuizamento da ação), de modo a evitar *reformatio in pejus*.

Passo à análise dos consectários.

Os valores em atraso serão corrigidos nos termos da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente, aplicado o Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, atendido o disposto na Lei nº 11.960/2009 e demais normas posteriores aplicáveis.

São devidos *juros moratórios* de 1% (um por cento) ao mês, nos termos dos artigos 406 do novo CC e 161, § 1º, do CTN, devendo, a partir de julho de 2009, serem fixados no percentual de 0,5% ao mês, observadas as alterações introduzidas no art. 1-F da Lei nº 9.494/97 pelo art. 5º da Lei nº 11.960/09, pela MP nº 567, de 03 de maio de 2012, convertida na Lei nº 12.703, de 07 de agosto de 2012, bem como normas legais ulteriores aplicáveis à questão.

Em relação às parcelas vencidas antes da citação, os juros são devidos desde então de forma global e, para as vencidas depois da citação, a partir dos respectivos vencimentos, de forma decrescente.

Mantenho os honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da decisão concessiva do benefício, consoante § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil e Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça. Cumpre destacar, nesse ponto, que não se aplica ao caso em análise a regra da majoração dos honorários advocatícios em sede recursal (artigo 85, §§ 1º e 11, do vigente CPC), tendo em vista que a sentença impugnada foi publicada antes da vigência do novo Código.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS E DOU PARCIAL PROVIMENTO À REMESSA OFICIAL para fixar os juros e correção monetária na forma explicitada, abatido os valores já recebidos.

É como voto.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0007360-78.2016.4.03.9999
(2016.03.99.007360-3)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARIA DA CONCEIÇÃO GUEDES
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BEBEDOURO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Classe do Processo: AC 2141212
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/07/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADORA RURAL. PROVA DA CONDIÇÃO DE RURÍCOLA. CONJUNTO NÃO HARMÔNICO.

I- *In casu*, as provas exibidas não constituem um conjunto harmônico a fim de comprovar que a autora tenha exercido atividades no campo no período exigido em lei.

II- A presente ação foi ajuizada em 29/10/13, sendo que a parte autora implementou o requisito etário em 18/11/89 (fls. 13). Relativamente à prova da condição de rurícola da parte autora, encontram-se acostadas à exordial as cópias dos seguintes documentos: 1. Certidão de casamento da autora (fls. 12), celebrado em 6/12/79, constando a qualificação de lavrador de seu marido; 2. certidão de óbito do cônjuge da demandante, falecido em 4/8/86, lavrada na mesma data, constando a “profissão, Aposentado” (fls. 16) e 3. Declaração do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Maria Helena, na qual consta que o cônjuge da requerente foi “admitido nesta entidade sindical no ano de 1974, na época com 40 anos de idade, Casado, Lavrador, Residente e domiciliado no Sítio Pavão, São José, Gleba 03, Município de Maria Helena, Estado do Paraná, onde o mesmo exercia sua função” (fls. 17). Observo, entretanto, que a única testemunha ouvida em audiência realizada em 14/10/15, afirmou que conheceu a autora quando criança, pois morava no sítio vizinho. Na época, a autora trabalhava na roça. Todavia, saiu do local antes de o marido da autora falecer, sendo que a própria autora, em seu depoimento pessoal, asseverou que “não trabalhou como rural depois que o marido faleceu”.

III- Quadra mencionar, adicionalmente, que o § 1º do art. 3º da Lei nº 10.666/03 dirige-se ao *trabalhador urbano (e não ao trabalhador rural)*, conforme posicionamento firmado pela Terceira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Incidente de Uniformização (Petição nº 7.476/PR), em sessão de 13/12/10. O E. Ministro Relator para acórdão Jorge Mussi deixou bem explicitada a regra que se deve adotar ao afirmar: “se ao alcançar a faixa etária exigida no art. 48, § 1º, da Lei nº 8.213/91, o segurado especial deixar de exercer atividade como rurícola sem ter atendido a citada regra de carência, não fará jus à aposentação rural pelo descumprimento de um dos dois únicos critérios legalmente previstos para a aquisição do direito. (...) *O que não se mostra possível é conjugar de modo favorável ao trabalhador rural a norma do § 1º do art. 3º da Lei nº 10.666/2003, que permitiu a dissociação da comprovação dos requisitos para os benefícios que especificou: aposentadoria por contribuição, especial e por idade urbana, os quais pressupõem contribuição*” (grifos meus). Ressalto, ainda, que o C. STJ, no julgamento proferido no *Recurso Es-*

pecial Representativo de Controvérsia nº 1.354.908 (art. 543-C do CPC/73), firmou posicionamento “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 art. 48, §1º, da Lei 8.213/91, 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.”

IV- Não foram preenchidos os requisitos necessários à concessão do benefício, consoante dispõe a Lei de Benefícios. Precedentes jurisprudenciais.

V- Apelação do INSS provida. Tutela antecipada revogada.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 27 de junho de 2016.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Trata-se de ação ajuizada em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social visando à concessão de aposentadoria rural por idade, a partir do requerimento administrativo (11/7/13 - fls. 15).

Foram deferidos à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita.

O Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, concedendo o benefício requerido a partir da data do requerimento administrativo (11/7/13), incluindo o abono anual. Determinou que “Os valores atrasados serão devidamente corrigidos, desde o vencimento, pela TR, até o julgamento da Repercussão Geral nº 810 pelo STF, e acrescidos de juros moratórios calculados de à razão de 6% ao ano (0.5% ao mês), nos termos da Lei 11.960/2009, até o julgamento da Repercussão Geral nº 810, estes a partir da citação. Por se tratar de benefício de caráter alimentar, ANTECIPO OS EFEITOS DA TUTELA” (fls.78). Os honorários advocatícios foram arbitrados em 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença.

Inconformado, apelou o INSS, alegando em síntese:

- que a autora não preencheu os requisitos para a concessão do benefício e
- que embora haja provas da atividade rural do falecido marido da autora, após o óbito do cônjuge “*nunca mais exerceu atividade rural*” (fls. 103).

- Caso não sejam acolhidas as alegações acima mencionadas, requer que o termo inicial de concessão do benefício seja fixado na data da citação, bem como prequestiona o art. 55, § 2º, da Lei nº 8.213/91 para efeito de eventual recurso.

Com contrarrazões, nas quais a parte autora alega o preenchimento dos requisitos legais para a concessão do benefício, subiram os autos a esta E. Corte.

É o breve relatório.

Inclua-se o presente feito em pauta de julgamento (art. 931, do CPC).

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Merece prosperar o recurso interposto pela autarquia.

Dispõe o art. 143 da Lei nº 8.213/91, antes da vigência da nova redação dada pela Lei nº 9.063/95, *in verbis*:

II - aposentadoria por idade, no valor de 1 (um) salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados a partir da data da vigência desta Lei, desde que seja comprovado o exercício de atividade rural nos últimos 5 (cinco) anos anteriores à data do requerimento, mesmo de forma descontínua, não se aplicando, nesse período, para o segurado especial, o disposto no inciso I do art. 39.

O prazo para o trabalhador rural requerer a aposentadoria prevista no artigo acima mencionado foi prorrogado até 31/12/10, nos termos do art. 2º da Lei nº 11.718, de 20/6/08.

Da simples leitura do dispositivo legal, depreende-se que os requisitos para a concessão da aposentadoria por idade ao trabalhador rural compreendem a idade e a comprovação de efetivo exercício de atividade no campo nos últimos 5 (cinco) anos anteriores à data do requerimento.

Passo à análise do caso concreto.

A presente ação foi ajuizada em 29/10/13, sendo que a parte autora implementou o requisito etário em 18/11/89 (fls. 13).

Relativamente à prova da condição de rurícola da parte autora, encontram-se acostadas à exordial as cópias dos seguintes documentos:

1. Certidão de casamento da autora (fls. 12), celebrado em 6/12/79, constando a qualificação de lavrador de seu marido;
2. certidão de óbito do cônjuge da demandante, falecido em 4/8/86, lavrada na mesma data, constando a “profissão, Aposentado” (fls. 16) e
3. Declaração do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Maria Helena, na qual consta que o cônjuge da requerente foi “admitido nesta entidade sindical no ano de 1974, na época com 40 anos de idade, Casado, Lavrador, Residente e domiciliado no Sítio Pavão, São José, Gleba 03, Município de Maria Helena, Estado do Paraná, onde o mesmo exercia sua função” (fls. 17).

Observe, entretanto, que a única testemunha ouvida em audiência realizada em 14/10/15, afirmou que conheceu a autora quando criança, pois morava no sítio vizinho. Na época, a autora trabalhava na roça. Todavia, saiu do local antes de o marido da autora falecer, sendo que a própria autora, em seu depoimento pessoal, asseverou que “não trabalhou como rural depois que o marido faleceu”.

Quadra mencionar, adicionalmente, que o § 1º do art. 3º da Lei nº 10.666/03 dirige-se ao *trabalhador urbano (e não ao trabalhador rural)*, conforme posicionamento firmado pela Terceira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Incidente de Uniformização (Petição nº 7.476/PR), em sessão de 13/12/10. O E. Ministro Relator para acórdão Jorge Mussi deixou bem explicitada a regra que se deve adotar ao afirmar: “se ao alcançar a faixa etária exigida no art. 48, § 1º, da Lei nº 8.213/91, o segurado especial deixar de exercer atividade como rurícola sem ter atendido a citada regra de carência, não fará jus à aposentação rural pelo descumprimento de um dos dois únicos critérios legalmente previstos para a aquisição do direito. (...) *O que não se mostra possível é conjugar de modo favorável ao trabalhador rural a norma do § 1º do art. 3º da Lei nº 10.666/2003, que permitiu a dissociação da comprovação dos requisitos para os benefícios que especificou: aposentadoria por contribuição, especial e por idade urbana, os quais pressupõem contribuição*” (grifos meus).

Ressalto, ainda, que o C. STJ, no julgamento proferido no *Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.354.908* (art. 543-C do CPC/73), firmou posicionamento “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 art. 48, §1º, da Lei 8.213/91, 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.”

Dessa forma, entendo que as provas exibidas não constituem um conjunto harmônico de molde a formar a convicção no sentido de que a parte autora tenha exercido atividades no campo no período exigido em lei.

Versando sobre a matéria em análise, merece destaque o acórdão abaixo, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. VALORAÇÃO DE PROVA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. INOCORRÊNCIA.

1. O conhecimento do recurso especial fundado na alínea “c” da Constituição da República requisita, em qualquer caso, a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, não se oferecendo, como bastante, a simples transcrição de ementas, votos ou notícias de julgamento.
2. “A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificacão administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, 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.” (artigo 55, parágrafo 3º, da Lei 8.213/91).
3. O início de prova material, de acordo com a interpretação sistemática da lei, é aquele feito mediante documentos que comprovem o exercício da atividade nos períodos a serem contados, devendo ser contemporâneos dos fatos a comprovar, indicando, ainda, o período e a função exercida pelo trabalhador.
4. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade, o início de prova material deverá ser corroborado por idônea e robusta prova testemunhal.
5. Em havendo o acórdão recorrido afirmado que, a par de não bastante à demonstracão do tempo de serviço a prova documental, a testemunhal era insuficiente à comprovação da atividade rural desempenhada pelo segurado, a preservaçao da improcedência do pedido de aposentadoria por idade é medida que se impõe.

6. Ademais, a 3ª Seção desta Corte tem firme entendimento no sentido de que a simples declaração prestada em favor do segurado, sem guardar contemporaneidade com o fato declarado, carece da condição de prova material, exteriorizando, apenas, simples testemunho escrito que, legalmente, não se mostra apto a comprovar a atividade laborativa para fins previdenciários (EREsp 205.885/SP, Relator Ministro Vicente Leal, *in* DJ 30/10/2000).

7. Recurso não conhecido.

(STJ, REsp. nº 434.015, 6ª Turma, Relator Min. Hamilton Carvalhido, j. 20/02/03, DJ 17/03/03, p. 299, v.u.)

Com efeito, os indícios de prova material, singularmente considerados, não são, por si só, suficientes para formar a convicção do magistrado. Nem tampouco as testemunhas provavelmente o seriam. Mas apenas a conjugação de ambos os meios probatórios - todos juridicamente idôneos para formar a convicção do juiz - tornaria inquestionável a comprovação da atividade laborativa rural.

Ante o exposto, dou provimento à apelação do INSS para julgar improcedente o pedido, revogando a tutela antecipada anteriormente concedida.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0008654-68.2016.4.03.9999

(2016.03.99.008654-3)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: SILVIO INACIO DOS SANTOS

Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE RANCHARIA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO

Classe do Processo: ApelReex 2143598

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/07/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ/AUXÍLIO-DOENÇA. REQUISITOS REENCHIDOS. REMESSA OFICIAL NÃO CONHECIDA. APELAÇÃO DO INSS IMPROVIDA.

1. A concessão de aposentadoria por invalidez reclama que o requerente seja segurado da Previdência Social, tenha cumprido o período de carência de 12 (doze) contribuições, e esteja incapacitado, total e definitivamente, ao trabalho (art. 201, I, da CR/88 e arts. 18, I, “a”; 25, I e 42 da Lei nº 8.213/91). Idênticos requisitos são exigidos à outorga de auxílio-doença, cuja diferença centra-se na duração da incapacidade (arts. 25, I, e 59 da Lei nº 8.213/91).

2. Da análise de consulta ao sistema CNIS/DATAPREV (fls. 88/90), verifica-se que a parte autora possui registros em 01/09/1977 a 02/04/1979 e de 30/05/1986 a 15/12/1986, e verteu contribuições previdenciárias no interstício de 05/2006 a 12/2006, 05/2007, 05/2009 s 09/2011, 01/2010, 01/2011, 03/2011 a 04/2011 e de 10/2011 a 07/2013, além de ter recebido auxílio doença no período de 13/08/2013 a 09/10/2013.

3. No que se refere ao requisito da incapacidade, o laudo pericial de fls. 104/109, realizado em 24/06/2015, atestou ser o autor portador de “sequela de cardiopatia isquêmica, artropatia, lesão manguito rotador de ombro esquerdo, discopatia, artrose de coluna cervical, espondiloartrose, diabetes mellitus e obesidade I”, estando inapto para exercer atividade laborativa de forma total e permanente, estando enfermo desde 2002, destaca que as doenças são degenerativas e com piora progressiva.

4. Assim, verifica-se que o autor continuou trabalhando registrado até 2013, momento em que sua incapacidade se tornou total e protocolou pedido de auxílio doença, deferido pelo INSS, conforme extrato de concessão (fls. 90), logo, é improcede a alegação do INSS de que a doença seria preexistente.

5. Remessa oficial não conhecida e apelação do INSS improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NÃO CONHECER DA REMESSA OFICIAL E NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de julho de 2016.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada por SILVIO INÁCIO DOS SANTOS em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença.

A r. sentença julgou procedente o pedido para condenar o INSS a conceder o benefício auxílio doença a partir da data da cessação (09/10/2013 - fls. 20) e converter em aposentadoria por invalidez partir da data do laudo pericial (03/07/2015 - fls. 103), incluindo 13º salário, com o pagamento das parcelas vencidas, acrescidas de correção monetária pelo IPCA e juros de mora nos índices da caderneta de poupança. Condenou ainda a Autarquia ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação (Súmula 111, do C. STJ). Isento de custas. Por fim concedeu a tutela antecipada.

Sentença submetida ao reexame necessário.

Inconformado, o INSS interpôs apelação, alegando que o autor não preenche os requisitos para concessão do benefício visto que sua incapacidade é preexistente.

Com contrarrazões, subiram os autos a este e. Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

De início, cumpre observar que, embora a sentença tenha sido desfavorável ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, não se encontra condicionada ao reexame necessário, considerados o valor do benefício e o lapso temporal de sua implantação, não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos (art. 475, § 2º, CPC).

A concessão de aposentadoria por invalidez reclama que o requerente seja segurado da Previdência Social, tenha cumprido o período de carência de 12 (doze) contribuições, e esteja incapacitado, total e definitivamente, ao trabalho (art. 201, I, da CR/88 e arts. 18, I, "a"; 25, I e 42 da Lei nº 8.213/91). Idênticos requisitos são exigidos à outorga de auxílio-doença, cuja diferença centra-se na duração da incapacidade (arts. 25, I, e 59 da Lei nº 8.213/91).

No que concerne às duas primeiras condicionantes, vale recordar premissas estabelecidas pela lei de regência, cuja higidez já restou encampada na moderna jurisprudência: o beneficiário de auxílio-doença mantém a condição de segurado, nos moldes estampados no art. 15 da Lei nº 8.213/91; o desaparecimento da condição de segurado sucede, apenas, no dia 16 do segundo mês seguinte ao término dos prazos fixados no art. 15 da Lei nº 8.213/91 (os chamados períodos de graça); eventual afastamento do labor, em decorrência de enfermidade, não prejudica a outorga da benesse, quando preenchidos os requisitos, à época, exigidos; durante o período de graça, a filiação e consequentes direitos, perante a Previdência Social, ficam mantidos.

In casu, presentes as considerações, introdutoriamente, lançadas, desponta a comprovação da satisfação dos pressupostos atinentes à qualidade de segurado e lapso de carência, certa, de outro lado, a demonstração da incapacidade laboral da parte autora, a embasar o deferimento do benefício ora pleiteado.

Da análise de consulta ao sistema CNIS/DATAPREV (fls. 88/90), verifica-se que a parte autora possui registros em 01/09/1977 a 02/04/1979 e de 30/05/1986 a 15/12/1986, e verteu contribuições previdenciárias no interstício de 05/2006 a 12/2006, 05/2007, 05/2009 s 09/2011, 01/2010, 01/2011, 03/2011 a 04/2011 e de 10/2011 a 07/2013, além de ter recebido auxílio doença no período de 13/08/2013 a 09/10/2013.

No que se refere ao requisito da incapacidade, o laudo pericial de fls. 104/109, realizado em 24/06/2015, atestou ser o autor portador de “sequela de cardiopatia isquêmica, artropatia, lesão manguito rotador de ombro esquerdo, discopatia, artrose de coluna cervical, espondiloartrose, diabetes mellitus e obesidade I”, estando inapto para exercer atividade laborativa de forma total e permanente, estando enfermo desde 2002, destaca que as doenças são degenerativas e com piora progressiva.

Assim, verifica-se que o autor continuou trabalhando registrado até 2013, momento em que sua incapacidade se tornou total e protocolou pedido de auxílio doença, deferido pelo INSS, conforme extrato de concessão (fls. 90), logo, é improcedente a alegação do INSS de que a doença seria preexistente.

Assim, positivados os requisitos legais, reconhece-se o direito da parte autora à concessão do auxílio doença a partir de 09/10/2013 (data da cessação indevida - fls. 20) e converter em aposentadoria por invalidez a partir do laudo pericial (03/07/2015 - fls. 103), conforme fixado na r. sentença.

No tocante aos juros e à correção monetária, note-se que suas incidências são de trato sucessivo e, observados os termos do art. 293 e do art. 462 do CPC, devem ser considerados no julgamento do feito. Assim, corrigem-se as parcelas vencidas na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, e ainda de acordo com a Súmula nº 148 do E. STJ e nº 08 desta Corte, observando-se o quanto decidido pelo C. STF quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.

Quanto aos juros moratórios, incidem a partir da citação, à taxa de 6% (seis por cento) ao ano até 11/01/2003, nos termos dos artigos 1.062 do Código Civil e 219 do Código de Processo Civil, sendo que, a partir dessa data são devidos à taxa de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil, e artigo 161, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional; e, a partir de 30/06/2009, incidirão de uma única vez e pelo mesmo percentual aplicado à caderneta de poupança (0,5%), consoante o preconizado pela Lei 11.960/2009, em seu art. 5.

Anote-se, na espécie, a obrigatoriedade da dedução, na fase de liquidação, dos valores eventualmente pagos à parte autora após o termo inicial assinalado à benesse outorgada, ao mesmo título ou cuja cumulação seja vedada por lei (art. 124 da Lei 8.213/1991 e art. 20, § 4º, da Lei 8.742/1993).

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO DA REMESSA OFICIAL E NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS, mantendo a r. sentença proferida e a tutela concedida.

É o voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

Direito Processual Civil



APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

1101784-29.1996.4.03.6109

(1999.03.99.003826-3)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelada: NOSSA CAIXA NOSSO BANCO S/A

Litisconsortes Ativos: ADEMIR ALVES LINDO E LILIANE BERNADETE PAVÃO ALVES LINDO

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PIRACICABA - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MARCELO GUERRA

Classe do Processo: AMS 187086

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/08/2016

EMENTA

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. ART. 1.040, II, CPC/2015 (ART. 543-C, § 7º, II, CPC/1973). JUÍZO DE RETRATAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, PARA FINS DE CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001.

A egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.134.665/SP, sob o regime do art. 543-C do Código de Processo Civil, consignou ser lícita a retroatividade de leis tributárias procedimentais ou formais, relativas à constituição do crédito tributário não alcançado pela decadência, razão pela qual tanto a Lei nº 8.021/90 quanto a Lei Complementar nº 105/2001, em razão de sua natureza procedimental, legitimam a atuação fiscalizatória/investigativa da Administração Tributária.

O excelso Supremo Tribunal Federal, em sessão do Plenário de 24/2/2016, ao julgar o RE 601.314 RG/SP (repercussão geral), relator Ministro Edson Fachin, reconheceu a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, que permitiu o fornecimento de informações sobre movimentações financeiras diretamente ao Fisco, sem autorização judicial.

Apelação e remessa oficial providas, em juízo de retratação, para denegar a segurança.

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, em juízo de retratação, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de julho de 2016.

Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA (Relator):

Trata-se de mandado de segurança impetrado por *NOSSA CAIXA NOSSO BANCO S/A*, objetivando preservar o sigilo bancário que envolve operações ativas e passivas concluídas com o cliente sindicado e/ou terceiros de suas relações, e de tudo aquilo que se relaciona com serviços a eles prestados, declarando em consequência a ilegalidade da intimação recebida da Receita Federal para fornecimento de cópia de extratos de movimentações bancárias (fl. 29). Data da propositura da ação: 4/7/96.

Concedeu-se parcialmente a liminar para autorizar a impetrante a desatender a intimação recebida do Delegado de Receita Federal, resguardando o sigilo bancário com relação ao fornecimento de extratos de movimentações bancárias de dois correntistas (fls. 44/45).

Informações da impetrada, às fls. 50/93.

Manifestação do Ministério Público Federal, às fls. 95/103, pela denegação da ordem.

A sentença concedeu a segurança para desonerar a impetrante de atender a intimação recebida do Delegado da Receita Federal, resguardando o sigilo bancário com relação ao fornecimento de extratos de movimentações bancária dos correntistas Ademir Alves Lindo e Liliane Bernadete Pavão Alves Lindo, como lhe foi exigido (fl. 29), retificando liminar; em condenação em honorários; custas e despesas pela União em reembolso; determinou o reexame necessário (18/2/98, fls. 105/108).

Em apelação, a União Federal alegou (a) a garantia do direito de buscar elementos necessários na vida financeira do contribuinte, para identificar sua real capacidade contributiva, prevista em art. 145, § 1º, da Constituição Federal, art. 38, §§ 5º e 6º, da Lei nº 4.595/64, art. 195 e art. 197, II, do Código Tributário Nacional; (b) em cumprimento à determinação da Portaria MF nº 493/68, incisos I e IV, instaurou-se procedimento administrativo nº 10865.000952/96-12, do qual emanou de autoridade competente o pedido de informações, em conformidade com a Lei nº 4.595/64; (c) não houve quebra de sigilo nem violação a direito constitucional ou ao previsto no art. 197, parágrafo único, do CTN; (d) não poderia o apelado valer-se da garantia constitucional insculpida no art. 5º, X, da CF, por não se incluir em categoria daqueles obrigados a guardar sigilo em virtude de atividade ou profissão; (e) a Lei nº 8.021/90 não confrontou o *caput* art. 38 da Lei nº 4.595/64; os arts. 7º e 8º da Lei nº 8.021/90 confirmaram e regulamentaram a exceção prevista no § 5º da Lei nº 4.595/64 (fls. 111/119).

Contrarrazões, às fls. 121/131.

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso (fls. 135/139).

O v. acórdão negou provimento à apelação e à remessa oficial (26/11/2010, fls. 151/156). O julgado recebeu a seguinte ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. - QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO - REQUISICÃO ANTERIOR À LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 - ILEGITIMIDADE.

1. Na vigência da Lei nº 4.595/64, o fornecimento de informações cadastrais dos correntistas depende de autorização judicial.

2. Precedentes.

3. O artigo 145, parágrafo 1º, da Constituição Federal, autoriza a administração tributária identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, desde que respeitados os direitos individuais e nos termos da lei.

4. A aplicação da Lei Complementar nº 105/2001, em procedimento administrativo de fiscalização, não viola o princípio da irretroatividade. Inteligência do artigo 144, § 1º, do Código Tributário Nacional.
5. Apelação da União e remessa oficial improvidas. (fl.156)

Rejeitaram-se os embargos de declaração da União Federal (fls. 158/166, 170/172).

Em recurso especial, a União Federal alegou afronta (a) direta ao art. 144, § 1º, do Código Tributário Nacional; (b) reflexa à Lei nº 9.311/96, com a redação dada pela Lei nº 10.174/01, e à Lei Complementar nº 105/01 (fls. 174/188).

A Vice-Presidência devolveu os autos à turma julgadora, nos termos do art. 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil, em virtude do julgamento do REsp 1.134.665/SP, recurso representativo de controvérsia, pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, relativo à quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, para fins de constituição de créditos tributários referentes a fatos imponíveis anteriores à vigência da Lei Complementar nº 105/2001.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA (Relator):

Inicialmente cumpre esclarecer que não se trata de *mandamus* impetrado por contribuinte para não ser compelido a apresentar informações bancárias solicitadas pela autoridade fiscal.

No presente caso é a instituição financeira que busca não se submeter à ordem emanada pela autoridade tributária no desempenho da atividade fiscalizatória, nos termos da LC nº 105/2001, fundamentando seu pedido na necessidade de ordem judicial para a quebra do sigilo bancário de seus clientes.

Com efeito, a E. Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.134.665/SP, sob o regime do art. 543-C do Código de Processo Civil, consignou ser lícita a retroatividade de leis tributárias procedimentais ou formais, relativas à constituição do crédito tributário não alcançado pela decadência, razão pela qual tanto a Lei nº 8.021/90 quanto a Lei Complementar nº 105/2001, em razão de sua natureza procedimental, legitimam a atuação fiscalizatória/investigativa da Administração Tributária. Confirma-se a ementa do julgado:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPOSSÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.

1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN.

2. O § 1º, do artigo 38, da Lei 4.595/64 (revogado pela Lei Complementar 105/2001), autorizava a quebra de sigilo bancário, desde que em virtude de determinação judicial, sendo certo que o acesso às informações e esclarecimentos, prestados pelo Banco Central ou pelas instituições

financeiras, restringir-se-iam às partes legítimas na causa e para os fins nela delineados.

3. A Lei 8.021/90 (que dispôs sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais), em seu artigo 8º, estabeleceu que, iniciado o procedimento fiscal para o lançamento tributário de ofício (nos casos em que constatado sinal exterior de riqueza, vale dizer, gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte), a autoridade fiscal poderia solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no artigo 38, da Lei 4.595/64.

4. O § 3º, do artigo 11, da Lei 9.311/96, com a redação dada pela Lei 10.174, de 9 de janeiro de 2001, determinou que a Secretaria da Receita Federal era obrigada a resguardar o sigilo das informações financeiras relativas à CPMF, facultando sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente.

5. A Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, revogou o artigo 38, da Lei 4.595/64, e passou a regular o sigilo das operações de instituições financeiras, preceituando que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações, à Secretaria da Receita Federal, sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários dos serviços (artigo 1º, § 3º, inciso VI, c/c o artigo 5º, caput, da aludida lei complementar, e 1º, do Decreto 4.489/2002).

6. As informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001).

7. O artigo 6º, da lei complementar em tela, determina que: “Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.”

8. O lançamento tributário, em regra, reporta-se à data da ocorrência do fato ensejador da tributação, regendo-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (artigo 144, caput, do CTN).

9. O artigo 144, § 1º, do Codex Tributário, dispõe que se aplica imediatamente ao lançamento tributário a legislação que, após a ocorrência do fato imponible, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

10. Conseqüentemente, as leis tributárias procedimentais ou formais, conducentes à constituição do crédito tributário não alcançado pela decadência, são aplicáveis a fatos pretéritos, razão pela qual a Lei 8.021/90 e a Lei Complementar 105/2001, por envergarem essa natureza, legitimam a atuação fiscalizatória/investigativa da Administração Tributária, ainda que os fatos imponíveis a serem apurados lhes sejam anteriores (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 806.753/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 22.08.2007, DJe 01.09.2008; EREsp 726.778/PR, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 14.02.2007, DJ 05.03.2007; e EREsp 608.053/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 09.08.2006, DJ 04.09.2006).

11. A razoabilidade restaria violada com a adoção de tese inversa conducente à conclusão de que Administração Tributária, ciente de possível sonegação fiscal, encontrar-se-ia impedida de apurá-la.

12. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tribu-

tária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).

13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.

14. O suposto direito adquirido de obstar a fiscalização tributária não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto.

15. *In casu*, a autoridade fiscal pretende utilizar-se de dados da CPMF para apuração do imposto de renda relativo ao ano de 1998, tendo sido instaurado procedimento administrativo, razão pela qual merece reforma o acórdão regional.

16. O Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 601.314/SP, cujo *thema iudicandum* restou assim identificado: “Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco por meio de procedimento administrativo, sem a prévia autorização judicial. Art. 6º da Lei Complementar 105/2001.”

17. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

18. Os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

19. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do *thema iudicandum*, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

20. Recurso especial da Fazenda Nacional provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1134665/SP, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009)

O excelso Supremo Tribunal Federal, em sessão do Plenário de 24/2/2016, ao julgar o RE 601.314 RG/SP (repercussão geral), relator Ministro Edson Fachin, reconheceu a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, que permitiu o fornecimento de informações sobre movimentações financeiras diretamente ao Fisco, sem autorização judicial. Eis a decisão extraída do sítio do Pretório Excelso:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 225 da repercussão geral, conheceu do recurso e a este negou provimento, vencidos os Ministros Marco Auré-

lio e Celso de Mello. Por maioria, o Tribunal fixou, quanto ao item “a” do tema em questão, a seguinte tese: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”; e, quanto ao item “b”, a tese: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 24.02.2016.

Cabível, pois, a retratação do acórdão de fls. 151/156, por destoar do entendimento jurisprudencial acima referido.

Ante o exposto, em juízo de retratação, dou provimento à apelação e à remessa oficial para denegar a segurança.

É como voto.

Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0000180-10.2008.4.03.6113
(2008.61.13.000180-6)

Apelante: REGINA SANDRA DO CARMO MIGUEL SALOMÃO
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Interessada: SIDEPORT ARTEFATOS DE COURO LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE FRANCA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Classe do Processo: AC 1405427
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/07/2016

EMENTA

EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. CÔNJUGE DO CO-DEVEDOR. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO BENEFICIAMENTO DA EMBARGANTE. ÔNUS DO CREDOR. BEM IMÓVEL INDIVISÍVEL PENHORA. POSSIBILIDADE. DIVISÃO DO PRODUTO OBTIDO COM A ALIENAÇÃO JUDICIAL. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. A questão debatida nos autos cinge-se à possibilidade de penhora da parte ideal do imóvel que cabe a cônjuge de um dos executados na execução fiscal nº 2001.61.13.002366-2.

2. Da escritura do imóvel de fls. 14/19 depreende-se que o imóvel de matrícula nº 19.042 junto ao Cartório de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Franca/SP, penhorado nos autos da mencionada execução fiscal, pertence a embargante (Regina Sandra do Carmo Miguel Salomão) e seu esposo (José Paulo Salomão), casados sob o regime da comunhão parcial de bens. Com efeito, o regime da comunhão parcial de bens do artigo 1.658 do Código Civil, estabelece a comunicação dos bens que sobrevierem ao casal na constância do casamento. Trata-se, portanto, de bem indivisível que integra o patrimônio comum do casal.

3. Ocorre que é pacífico o entendimento de que a meação da embargante só responde pela dívida, caso a embargada comprove que aquela se beneficiou com o não recolhimento do tributo. Em outras palavras, a parte exequente tem que comprovar que o não recolhimento do tributo, efetivamente, reverteu-se em benefício do casal. Ao contrário do que defende a União nas contrarrazões, descabe a mera presunção de haver a mulher se beneficiado com o ato ilícito praticado por seu cônjuge enquanto sócio, sendo necessária a efetiva comprovação do que fora auferido por ela enquanto da prática dos atos ilícitos de seu marido. Aplicável ao caso o disposto na Súmula 251 do C. STJ. Na hipótese dos autos, a exequente, ora embargada, não se desincumbiu deste ônus.

4. Por sua vez, também não procede a alegação da parte embargante no sentido de ser impenhorável a meação do cônjuge. O bem imóvel sobre o qual recaiu a penhora, devido a sua natureza, é indivisível, o que, certamente, iria dificultar a futura arrematação e impedir o resultado prático e útil para o qual o ato construtivo foi realizado. Isto, pois, não é comum que haja interessados em arrematar somente parcela de bem imóvel indivisível. Desse modo, a penhora recai sobre todo o imóvel, devendo ser en-

tregue ao cônjuge embargante a metade do valor obtido com sua a alienação judicial.
5. Por fim, tendo em vista a sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários de seus advogados.

6. Recurso de apelação da parte embargante parcialmente provido, para garantir à embargante REGINA SANDRA DO CARMO MIGUEL SALAMÃO o direito aos 50% que lhe cabe sobre o imóvel penhorado, no caso de eventual arrematação nos autos da execução fiscal, bem como para determinar a cada parte arcar com os honorários de seus advogados, nos termos do voto.

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 de apelação da parte embargante*, para garantir à embargante REGINA SANDRA DO CARMO MIGUEL SALAMÃO o direito aos 50% que lhe cabe sobre o imóvel penhorado, no caso de eventual arrematação nos autos da execução fiscal, bem como para determinar a cada parte arcar com os honorários de seus advogados, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de junho de 2016.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por REGINA SANDRA DO CARMO MIGUEL SALAMÃO contra sentença que julgou *improcedentes* os embargos de terceiro, condenando a embargante ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da execução atualizada.

Sustenta a parte embargante a impenhorabilidade da meação do cônjuge, vez que o bem foi adquirido na constância do casamento sob o regime de comunhão parcial dos bens. Alega que a embargante nunca participou da sociedade, tampouco teria sido o débito contraído em proveito da família. Requer o provimento do recurso.

Com contrarrazões das partes (fls. 55/57), vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

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

A questão debatida nos autos cinge-se à possibilidade de penhora da parte ideal do imóvel que cabe a cônjuge de um dos executados na execução fiscal nº 2001.61.13.002366-2.

Da escritura do imóvel de fls. 14/19 depreende-se que o imóvel de matrícula nº 19.042 junto ao Cartório de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Franca/SP, penhorado nos autos da mencionada execução fiscal, pertence a embargante (Regina Sandra do Carmo Miguel

Salomão) e seu esposo (José Paulo Salomão), casados sob o regime da comunhão parcial de bens.

Com efeito, o regime da comunhão parcial de bens do artigo 1.658 do Código Civil, estabelece a comunicação dos bens que sobrevierem ao casal na constância do casamento. Trata-se, portanto, de bem indivisível que integra o patrimônio comum do casal.

Ocorre que é pacífico o entendimento de que a meação da embargante só responde pela dívida, caso a embargada comprove que aquela se beneficiou com o não recolhimento do tributo. Em outras palavras, a parte exequente tem que comprovar que o não recolhimento do tributo, efetivamente, reverteu-se em benefício do casal.

Ao contrário do que defende a União nas contrarrazões, descabe a mera presunção de haver a mulher se beneficiado com o ato ilícito praticado por seu cônjuge enquanto sócio, sendo necessária a efetiva comprovação do que fora auferido por ela enquanto da prática dos atos ilícitos de seu marido.

Ademais, é aplicável ao caso o disposto na Súmula 251 do C. STJ:

A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal.

Na hipótese dos autos, a exequente, ora embargada, não se desincumbiu deste ônus.

Por sua vez, também não procede a alegação da parte embargante no sentido de ser impenhorável a meação do cônjuge.

O bem imóvel sobre o qual recaiu a penhora, devido a sua natureza, é indivisível, o que, certamente, iria dificultar a futura arrematação e impedir o resultado prático e útil para o qual o ato construtivo foi realizado. Isto, pois, não é comum que haja interessados em arrematar somente parcela de bem imóvel indivisível.

Nesse sentido, o artigo 655-B do CPC, incluído pela Lei nº 11.382/06, resolveu o celeuma:

Art. 655-B. Tratando-se de penhora em bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Desse modo, a penhora recai sobre todo o imóvel, devendo ser entregue ao cônjuge embargante a metade do valor obtido com sua a alienação judicial.

Nesse sentido, confira os seguintes julgados:

..EMEN: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. MULHER CASADA. EXCLUSÃO DA MEAÇÃO. BENEFÍCIO FAMILIAR. NECESSIDADE DE PROVA. ÔNUS PROBATÓRIO DO CREDOR. 1. Tratando-se de execução fiscal oriunda de ato ilícito e, havendo oposição de embargos de terceiro por parte do cônjuge do executado, com o fito de resguardar a sua meação, o ônus da prova de que o produto do ato não reverteu em proveito da família é do credor e não do embargante. Precedentes: REsp 107017 / MG, Ministro CASTRO MEIRA, DJ 22.08.2005; REsp 260642 / PR ; Ministro FRANCIULLI NETTO, DJ 14.03.2005; REsp 641400 / PB, Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 01.02.2005; Resp nº 302.644/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 05/04/2004. 2. Impossibilidade de realização da prova na instância especial, ante o óbice da Súmula 7 desta Corte: “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. 3. Ainda que assim não bastasse, a instância *a quo*, com ampla cognição fático-probatória concluiu que: (...) *o bem imóvel sobre o qual recaiu a penhora em execução contra a firma da qual o esposo da embargante é sócio fora adquirido após o casamento, o que determina a meação e faz incidir*

o disposto no art. 3º da Lei 4.121/62, em combinação com o art. 1658 do Código Civil, ainda que se trate de comunhão parcial (fls. 96). Considerando-se que a embargada não comprovou a alegação de que a sonegação do imposto devido pela sociedade representada pelo executado teria revertido em benefício da família deste, não merece prosperar o pedido do INSS, devendo ser resguardado o direito da embargante à meação do bem penhorado. (fls. 57/58). 4. Recurso especial desprovido. ..EMEN:(RESP 200401588603, LUIZ FUX - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA:18/09/2006 PG:00269 ..DTPB:.)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA SOBRE BEM IMÓVEL. POSSIBILIDADE. DÉBITO REVERTIDO EM BENEFÍCIO DA ENTIDADE FAMILIAR. ÔNUS DA PROVA DA CREDORA. DEFESA DA MEAÇÃO. HASTA PÚBLICA. PRESERVAÇÃO DE METADE DO PRODUTO DA ARREMATACÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. O art. 1046 do Código de Processo Civil garante ao terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor, o exercício da defesa de sua posse diante de atos de turbação e esbulho decorrentes de apreensão judicial, em ação em que não figura como parte, considerando também terceiro o cônjuge que defende a sua meação. 2. *O C. Superior Tribunal de Justiça tem se orientado no sentido de que, nas execuções fiscais em que o cônjuge é trazido aos autos a fim de responder pelos débitos da sociedade executada por ato ilícito cometido na gestão empresarial, há que ser preservada a meação do outro cônjuge, exceto se a exequente/credora comprovar que a dívida reverteu em benefício da entidade familiar. Súmula 251 do STJ.* 3. A embargada não se desincumbiu do ônus da prova de que as dívidas contraídas pelo cônjuge varão reverteram em proveito da embargante ou da família, pelo que deve ser reformada a r. sentença que julgou improcedente o pleito por atribuir tal ônus à embargante. 4. Tratando-se de bem indivisível por natureza, ou seja, que não comporta cômoda divisão, deve subsistir a penhora para que o bem seja levado à hasta pública e alienado em sua totalidade, preservando-se a metade do produto da arrematação, que pertence ao cônjuge não executado, segundo inteligência do art. 3º da Lei nº 4.121/62, aplicável ainda que se trate de casamento sob comunhão parcial de bens. 5. Precedentes: STJ, 4ª Turma, REsp nº 200401725063, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, j. 06.02.2007, DJ 26.02.2007, p. 596 e TRF3, 6ª Turma, AC nº 00091435220094039999, Rel. Des. Federal Consuelo Yoshida, j. 10.03.2011, e-DJF3 Judicial 1 16.03.2011, p. 543. 6. Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, devidamente corrigido, conforme autorizado pelo art. 20, § 4º do CPC, e a teor da jurisprudência consolidada desta C. Sexta Turma 7. Apelação provida.(AC 00141061120064039999, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/11/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSUAL CIVIL E EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS DE TERCEIRO - SÓCIO E CÔNJUGE DE CO-DEVEDOR - PENHORA - COMUNHÃO PARCIAL DE BENS - MEAÇÃO - COMPROVAÇÃO DE QUE O PRODUTO DA INFRAÇÃO REVERTEU EM BENEFÍCIO DO CÔNJUGE - ÔNUS DO CREDOR -SÚMULA 251 DO STJ. 1. Não integrando a relação processual executiva, não pode a apelada sofrer constrição em patrimônio particular para garantia de execução fiscal movida exclusivamente em face da sociedade que integra. 2. *Ao teor do que dispõe o artigo 1.658 do Código Civil, “no regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento (...)”, sendo certo, ainda, que, de acordo com o disposto no inciso I do artigo 1.660 do mesmo diploma legal, entram na comunhão “os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges”. Assim, o imóvel em comento integra também o patrimônio da apelada, em razão do regime de comunhão parcial de bens.* 3. *Segundo inteligência do § 3º do artigo 1.046 do Código de Processo Civil, a meação do cônjuge deve ser destacada da medida constritiva. Entretanto, tratando-se de imóvel, portanto, indivisível, há que se manter a penhora sobre a integralidade do bem, resguardando-se, na verdade, metade do produto*

de eventual alienação judicial. 4. “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que, ‘em execução fiscal, na cobrança de dívidas fiscais contra empresa em que o marido seja sócio, há de se excluir a meação da mulher sobre o bem de propriedade do casal que foi objeto de penhora, notadamente nos casos em que o credor não comprovou a existência de benefício do cônjuge com o produto da infração cometida pela empresa’ (REsp n. 641.400/PB, Rel. Min. José Delgado, DJU de 1º.02.2005). Esta orientação já se encontra sumulada pelo STJ a teor do Enunciado nº 251: ‘A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal’ (AC nº 1999.40.00.006267-5/PI, Rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, 7ª Turma do T.R.F. da 1ª Região, e-DJF1 de 28/08/2009, pág. 470).” 5. Apelação não provida. 6. Peças liberadas pelo Relator, em 25/07/2011, para publicação do acórdão.(AC 00029433319984013803, JUIZ FEDERAL ANDRE PRADO DE VASCONCELOS, TRF1 - 6ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 DATA:03/08/2011 PAGINA:227.)

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. HASTA PÚBLICA. CANCELAMENTO DA PENHORA. CÔNJUGE. MEAÇÃO DOS IMÓVEIS. REGIME PARCIAL DE BENS. ÔNUS DA PROVA. RECURSO IMPROVIDO. 1 - No regime de comunhão parcial de bens, comunicam-se entre os cônjuges os bens adquiridos, a título oneroso, durante o casamento, ainda que em nome de um só dos cônjuges. Por outro lado, não se comunicam as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo se o resultado do ato ilícito reverter em proveito do casal. 2 - A prova da reversão compete à exequente, que deverá trazer elementos mínimos para que se possa aferir o benefício alcançado pela prática do ilícito. 3 - *In casu*, o Instituto Nacional do Seguro Social limitou-se a alegar que “mostra-se óbvio que ela beneficiou-se da sonegação fiscal perpetrada pelo seu marido”, mas nem de longe comprovou qualquer indício de que a falta de recolhimento dos tributos pela empresa-executada tenha propiciado vantagem econômica para o sócio e sua consorte. 4 - Agravo legal a que se nega provimento. (AC 2010.03.00.024730-6, DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, Data do julgamento: 16/08/2011)

Por fim, tendo em vista a sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários de seus advogados.

Diante do exposto, *dou parcial provimento ao recurso de apelação da parte embargante*, para garantir à embargante REGINA SANDRA DO CARMO MIGUEL SALAMÃO o direito aos 50% que lhe cabe sobre o imóvel penhorado, no caso de eventual arrematação nos autos da execução fiscal, nos termos do voto.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0007733-50.2008.4.03.6100
(2008.61.00.007733-1)

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apeladas: FUNDAÇÃO SÃO PAULO FUNDASP E UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA
Classe do Processo: AC 1495819
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/08/2016

EMENTA

APELAÇÃO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANO PEDAGÓGICO DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC/SP ALTERADO EM DESACORDO COM REGIME INTERNO. INTERESSE INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. INEXISTÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL. NÃO OCORRÊNCIA DA MASSIFICAÇÃO DO CONFLITO EM SI CONSIDERADO. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. RECURSO IMPROVIDO.

1. A defesa de interesses individuais homogêneos pelo Ministério Público Federal depende da existência de relevante interesse social ou da possibilidade de massificação do conflito.

2. O caso em tela refere-se a uma alteração no Programa da Faculdade de Direito da PUC-SP, de regime anual para o regime semestral, afetando apenas alunos do Curso de Direito matriculados no início de 2008.

3. A alteração afetou particularmente alunos inadimplentes no mês de julho que foram impedidos de realizar a renovação da matrícula. Tendo em vista a suposta nulidade do novo projeto pedagógico que fixou o regime semestral, os estudantes teriam o direito de continuar seguindo o projeto pedagógico em que o curso era de regime anual.

4. Diante da especificidade do caso em tela, ficou claro que o direito subjetivo que se quer assegurar não tem origem comum a todos os estudantes, não havendo riscos de massificação de conflitos, bem como não há relevância social objetiva do interesse tutelado.

5. Não se justifica a atuação do Ministério Público Federal para defender interesses que são exclusivos de seus titulares, dispondo os estudantes de instrumentos processuais adequados para exercerem eventual pretensão.

6. Cabe aos alunos inadimplentes que sofreram sanções pedagógicas decorrentes do impedimento de matrícula para o segundo semestre do ano letivo de 2008 e seguintes da Faculdade de Direito da PUC-SP, em razão da alteração do regime anual para o semestral, ingressarem com a ação adequada.

7. O simples fato do objeto da lide se relacionar com o direito a educação não implica em legitimidade do Ministério Público, posto que no âmbito da prestação da educação por instituições privadas podem surgir diversas demandas, muitas que envolvam apenas interesses particulares e sem repercussão social, como é o caso dos autos.

8. Diante das funções do Ministério Público estabelecidas pela Constituição Federal, resta evidente a ilegitimidade do Ministério Público Federal.

9. Sentença de extinção do processo sem resolução do mérito mantida.

10. Apelação 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 ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de julho de 2016.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo *Ministério Público Federal*, em face de sentença (fls. 297/299) proferida pelo Juízo da 23ª Vara Federal Cível em São Paulo, que julgou extinto o processo sem julgamento de mérito, acolhendo a preliminar de ilegitimidade ativa e extinguiu o processo sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil de 1973.

A ação foi ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da Fundação São Paulo (FUNDASP), instituição mantenedora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, e da União Federal, visando à declaração da nulidade do Projeto Pedagógico implantado na Faculdade de Direito por meio do Processo R-55/2006, por contrariar expressamente seu Regimento Interno; bem como à condenação da IES ré ao pagamento de danos patrimoniais e morais causados a todos os estudantes que sofreram a sanções pedagógicas decorrentes do fato de não terem sido rematriculados no segundo semestre do ano letivo de 2007, e dos anos seguintes, em razão da mudança de regime anual para semestral, a serem apurados em fase de liquidação de sentença, nos termos do artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor.

Foi elaborado também pedido contra a União Federal, para que fosse condenada à obrigação de fazer, consistente em efetivamente fiscalizar a IES Ré, no sentido de exigir o cumprimento das normas gerais de educação nacional, aplicando-lhe as penalidades cabíveis.

Após análise a respeito da legitimidade do Ministério Público Federal para ingressar com ação neste caso, o juiz *a quo* extinguiu o feito sem julgamento de mérito, reconhecendo a ilegitimidade do Ministério Público Federal para referida demanda.

Inconformado, o Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação (fls. 310/325), alegando em apertada síntese, ter legitimidade para defender interesses individuais homogêneos. Afirma que a PUC-SP aprovou uma mudança no Plano Pedagógico da Faculdade de Direito, por meio do Processo R-55/2006, passando o curso a ser semestral.

Aduz o recorrente que a alteração do Plano Pedagógico contraria expressamente o Regimento Interno da Instituição de ensino que, em seu artigo 83, estabelece que o curso seria anual. Além disso, afirma que a alteração causou prejuízo aos alunos que se encontravam inadimplentes, impedidos de realizar as matrículas.

Assim, requer seja o recurso provido, reconhecendo-se sua legitimidade ativa e julgando-se o mérito da ação, de modo que seja declarado nulo o Projeto Pedagógico implantado na Faculdade de Direito da IES, sendo ressarcidos os danos causados a todos os alunos que comprovarem danos causados pela alteração, a serem apurados em fase de liquidação de sentença.

A Fundação São Paulo apresentou contrarrazões (fls. 327/350), afirmando que as alterações no curso observaram a legalidade e que a alteração passou a ser aplicada apenas aos alunos que ingressaram no curso de Direito a partir de 2007. Acrescenta que o direito tutelado abarca apenas uma pequena parcela de alunos que estavam inadimplentes, faltando o essencial requisito da coletividade para legitimar a atuação do autor.

Contrarrazões apresentadas pela União Federal às fls. 364/375 requerendo a manutenção da decisão recorrida.

O Ministério Público Federal em seu parecer nesta Instância (fls. 377/381) *opinou pelo provimento* do recurso de apelação.

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

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

O Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública com fim de declarar nulo Projeto Pedagógico implantado na Faculdade de Direito da PUC-SP em 2007, sustentando ser este contrário ao que previa o Regimento Interno da PUC-SP, bem como requerendo a determinação de indenização dos prejuízos sofridos por aqueles que se submeteram ao ato ilegal.

Analisando os autos percebe-se que não merece guarida o apelo do Ministério Público Federal.

Cabe aqui fazer as considerações necessárias no que tange à legitimidade ativa do Ministério Público Federal para a propositura da presente ação civil pública.

Primeiramente, cabe destacar que não pairam dúvidas quanto à legitimidade do órgão ministerial para a defesa de direitos individuais homogêneos.

Neste sentido o E. Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento de que o Ministério Público Federal possui legitimidade para interposição de Ação Civil Pública em defesa dos direitos/interesses individuais homogêneos, mesmo que disponíveis e divisíveis, a fim de evitar a massificação do conflito em inúmeras demandas judiciais. Confira-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. TAXA DE EXPEDIÇÃO DE DIPLOMAS. DISCUSSÃO ACERCA DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

1. A pretensão de assegurar que os alunos das instituições de ensino elencadas na inicial, que pagaram ou pagarão pela expedição/registro do diploma de curso superior, não mais se submetam à cobrança, ou consigam de volta os valores pagos, repousa em situação fático-jurídica comum a todo o grupo de estudantes das referidas instituições, que é a cobrança generalizada pela expedição/registro. Em outras palavras, o direito subjetivo que se quer assegurado tem origem comum a todos os estudantes, o que autoriza sua defesa pelo *parquet* até mesmo com a finalidade de evitar decisões conflitantes a respeito do mesmo tema.

2. Embargos de divergência não providos.

(STJ - EREsp 1185867/AM, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Seção, julgado em 24/04/2013, DJe 07/05/2013)

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 Segunda Turma, julgado em 04/11/2010, DJe 12/11/2010) 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/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES)

Todavia, referido entendimento não se enquadra na hipótese dos autos, devendo ser feita a diferenciação.

Conforme bem destacado na sentença:

No caso de interesses individuais homogêneos, a legitimidade do Ministério Público deve ser analisada de forma mais cuidadosa, pois não se justifica a defesa de um interesse disponível de um grupo reduzido de pessoas pelo Ministério Público.

Para que o Ministério Público seja legitimado para defender interesses coletivos e individuais homogêneos é necessário que demonstre a chamada “representatividade adequada” que se manifesta no alto grau de interesse social, ou seja, desde que o interesse seja capaz de trazer reflexos para a sociedade. (fls.297/298)

Desse modo, a defesa de interesses individuais homogêneos pelo Ministério Público Federal depende da existência de relevante interesse social ou da possibilidade de massificação do conflito.

O caso em tela trata-se claramente de tutela de direitos individuais homogêneos. Refere-se a uma alteração no Programa da Faculdade de Direito da PUC-SP de regime anual para o regime semestral, afetando apenas alunos do Curso de Direito, matriculados no início de 2008, inadimplentes no mês de julho e que por isso ficaram impossibilitados de realizarem a renovação da matrícula para o segundo semestre do ano.

O Ministério Público Federal afirma que referida alteração não afeta somente os alunos inadimplentes, sustentando que atinge um universo muito maior de pessoas, podendo atingir todos os alunos. No entanto, referido argumento não deve ser acolhido, uma vez que os alunos adimplentes não sofreram e, em tese, não sofrerão nenhum dano com a modificação.

Ou seja, a demanda afeta um número muito restrito de pessoas, somente aquelas enquadradas em uma situação muito peculiar.

Portanto, diante da especialidade do caso em tela, ficou claro que o direito subjetivo que se quer assegurar não tem origem comum a todos os estudantes, não havendo riscos de massificação de conflitos, bem como não há qualquer relevância social objetiva do interesse tutelado.

Assim, não se justifica a atuação do Ministério Público Federal para defender interesses que são exclusivos de seus titulares, dispondo os estudantes de instrumentos processuais adequados para exercerem eventual pretensão.

Por conseguinte, cabe aos alunos inadimplentes que sofreram sanções pedagógicas decorrentes do impedimento de matrícula para o segundo semestre do ano letivo de 2008 e seguintes da Faculdade de Direito da PUC-SP, em razão da alteração do regime anual para o semestral, ingressarem com a ação adequada.

Ressalte-se que não se pode falar que toda vez que o objeto da lide envolver a educação existe um interesse difuso, o que implicaria na legitimação do Ministério Público Federal para ingressar com a ação. Isto porque, no âmbito da prestação da educação por instituições privadas existem diversas demandas que são claramente particulares, muitas envolvendo interesses contratuais, não existindo qualquer relevância social ou possibilidade de massificação de demandas.

Pensar o contrário seria transformar o Ministério Público em legitimado para todas as causas que tivessem como pano de fundo direitos sociais, mesmo que o objeto da demanda trate apenas de interesses particulares. Este entendimento não se coaduna com as funções do Ministério Público estabelecidas pela Constituição Federal de 1988.

Logo, diante das funções do Ministério Público, previstas no artigo 129 da Constituição Federal, resta evidente a ilegitimidade do Ministério Público Federal. Impõe-se a extinção do processo sem julgamento de mérito, com fulcro no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil de 2015 (artigo 267, inciso VI, do CPC de 1973).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação. Mantenho a sentença recorrida na íntegra.

É como voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0025999-52.2008.4.03.0000

(2008.03.00.025999-5)

Agravante: ALMIR FORTES
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Representada: MARCIA GABRIELLE FORTES (incapaz)
Representante: NILZA GERALDA DA SILVA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SANTOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: AI 340961
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/06/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS FIXADOS EM SENTENÇA ESTRANGEIRA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

I - O Ministério Público Federal possui legitimidade ativa para a execução de alimentos devidos a pessoa que se encontra no estrangeiro, sendo irrelevante eventual discussão a respeito da ausência de autorização do relativamente incapaz (assistência), uma vez que, por se tratar de direito indisponível, o órgão possui legitimidade extraordinária, podendo demandar interesse alheio em nome próprio.

II - Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 14 de junho de 2016.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de *agravo de instrumento* interposto por *Almir Fortes* em face de *decisão* proferida pelo Juízo Federal da 4ª Vara da Subseção Judiciária de Santos - SP que *rejeitou* a alegação de *ilegitimidade ativa* formulada nos autos de execução de sentença estrangeira decorrente de condenação à prestação de alimentos.

Em sua *minuta*, a parte agravante pugna pela reforma da decisão agravada, pelos seguintes motivos: *a)* que a sua filha possui 17 (dezesete) anos de idade, pessoa considerada relativamente incapaz pelo Código Civil, não constando dos autos qualquer autorização para que a sua mãe pudesse representá-la, sendo a ação promovida sem o seu consentimento, o que não se coaduna com o ordenamento jurídico, pois se trata de hipótese em que o incapaz deve ser

apenas assistido; b) que o artigo 13 do Código de Processo Civil de 1973 dispõe que, nos casos de irregularidade na representação processual, a parte deve ser intimada para que seja sanado o defeito, sendo que o artigo VI do Decreto 56.826/1965 exige que a atuação do Ministério Público ocorra dentro dos limites conferidos pelo demandante; c) que o Código Civil é posterior ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 151/151vº).

Contraminuta às fls. 168/170.

O parecer da Procuradoria Regional da República é pelo desprovimento do recurso (fls. 173/178).

É o breve relatório.

Dispensada a revisão.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Almir Fortes em face de decisão proferida pelo Juízo Federal da 4ª Vara da Subseção Judiciária de Santos - SP que, nos autos de execução de sentença (prestação alimentícia) proposta pelo Ministério Público Federal contra o ora agravante, rejeitou a alegação de ilegitimidade passiva.

A parte agravante insurge-se contra a propositura da demanda pelo Ministério Público Federal, aduzindo, em apertada síntese, irregularidade na representação processual em decorrência da ausência de qualquer autorização da sua filha, pois, segundo alega, caberia à genitora apenas a função de assistência, não a de representação da incapaz.

Sem razão, contudo.

O *direito a alimentos* constitui *direito indisponível*, consolidando-se o entendimento na jurisprudência no sentido da *legitimidade extraordinária* do *Ministério Público*, o que torna irrelevante a aduzida ausência de autorização da adolescente relativamente incapaz, prejudicadas as demais alegações. Nesse sentido:

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE ALIMENTOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, aprovam-se as seguintes teses: 1.1. O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação de alimentos em proveito de criança ou adolescente. 1.2. A legitimidade do Ministério Público independe do exercício do poder familiar dos pais, ou de o menor se encontrar nas situações de risco descritas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou de quaisquer outros questionamentos acerca da existência ou eficiência da Defensoria Pública na comarca. 2. Recurso especial não provido. (STJ, Segunda Seção, Recurso especial nº 1.327.471, Registro nº 201101762880, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, DJ 04.09.2014)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS DEVIDOS A ESTRANGEIRO. LEI Nº 5.478, DE 1968. CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE. DECRETO LEGISLATIVO Nº 10, DE 1958. DECRETO Nº 56.826, DE 1965. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. A teor do disposto no art. 26 da Lei nº 5.478/68 é competente para a ação de que se trata o juízo federal da capital do Estado em que reside o

devedor, sendo legitimado ativamente, na condição de instituição intermediária, o Ministério Público Federal. 2. Comprovado nos autos o dever do réu de prestar alimentos a sua ex-esposa e a sua filha, procede a ação de cobrança. 3. Resultando do conjunto probatório, porém, que o réu encontra-se desempregado, sem condições de arcar com o valor arbitrado, deve o mesmo ser reduzido pela metade. 4. Sentença reformada em parte. 5. Apelação parcialmente provida. (TRF 1ª Região, Sexta Turma, AC nº 01322616120004010000, Rel. Des. Fed. Daniel Paes Ribeiro, DJ 12.05.2013)

Diante do exposto, *nego provimento* ao agravo de instrumento.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0001637-43.2009.4.03.6113
(2009.61.13.001637-1)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: SILVIO AUGUSTO FERREIRA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE FRANCA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Classe do Processo: AC 1488209
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/08/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA QUE INCIDIU SOBRE O VEÍCULO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - CONTRATO LIQUIDADADO - MANUTENÇÃO DA PENHORA - VERBAS DE SUCUMBÊNCIA - APELO PARCIALMETNE PROVIDO - SENTENÇA REFORMADA, EM PARTE.

1. O NCPC, conquanto se aplique imediatamente aos processos em curso, não atinge as situações já consolidadas dentro do processo (art. 14), em obediência ao princípio da não surpresa e ao princípio constitucional do isolamento dos atos processuais. Assim, ainda que o recurso tivesse sido interposto após a entrada em vigor do NCPC, o que não é o caso, por ter sido a sentença proferida sob a égide da lei anterior, é à luz dessa lei que ela deverá ser reexaminada pelo Tribunal, ainda que para reformá-la.
2. Sobre o bem garantido por alienação fiduciária, não pode recair a penhora, pois, embora esteja na posse do executado, o bem pertence à instituição financeira que concedeu o financiamento. No entanto, a constrição judiciária pode incidir sobre direito do executado decorrente do contrato de financiamento, como autoriza a Lei de Execução Fiscal, em seu artigo 11, inciso VIII (“direitos e ações”). Precedentes.
3. Conforme informação prestada pela instituição financeira à fl. 171 e documento juntado à fl. 178, o referido veículo foi, sim, objeto do contrato de financiamento nº 73997927, em nome do embargante SÍLVIO AUGUSTO FERREIRA, estando o contrato liquidado desde 12/03/2012.
4. No tocante ao veículo de placa BSR5463, deve subsistir a sentença recorrida, que determinou o levantamento da penhora, vez que não houve recurso da União, nesse aspecto.
5. Em razão da sucumbência recíproca, os honorários advocatícios deverão ser suportados pelas partes na seguinte proporção: metade pelo embargante em favor do procurador da União e a outra metade pela União em favor do advogado do embargante. Também as custas processuais deverão ser rateadas entre as partes, na mesma proporção.
6. Apelo parcialmente provido. Sentença reformada, em parte.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 26 de julho de 2016.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora):

Trata-se de apelação interposta em 16/11/2009 pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) contra sentença proferida em 21/09/2009 que, nos autos dos *embargos* opostos por SILVIO AUGUSTO FERREIRA à execução fiscal ajuizada em face de ESCUDER CALÇADOS LTDA e OUTROS, para a cobrança de contribuições previdenciárias, *julgou procedente o pedido*, para determinar o levantamento da penhora que recaiu sobre o veículo de placa BSR5463, de propriedade do embargante, em face do disposto no artigo 649, inciso V, do Código de Processo Civil, e sobre o veículo de placa BY5188, de propriedade do credor fiduciário, nos termos do artigo 9º, inciso IV, da Lei nº 6.830/80, condenando a União ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa.

Sustenta a apelante, em suas razões, que é possível a penhora sobre os direitos do devedor decorrentes do contrato de alienação fiduciária, nos termos do artigo 11, inciso VIII, da Lei de Execução Fiscal. Requer, por fim, a exclusão dos honorários advocatícios.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Egrégio Tribunal.

Requisitadas informações à instituição financeira acerca do contrato de financiamento, prestadas às fls. 171/178.

Pelo despacho de fl. 180, as partes foram intimadas a se manifestar.

A União requereu o acolhimento do apelo (fls. 187/187vº).

O embargante requereu prazo complementar (fls. 183/184), tendo deixado transcorrer, “in albis”, o prazo que lhe foi concedido, como certificado à fl. 192.

É O RELATÓRIO.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora):

Em primeiro lugar, ante a entrada em vigor no novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) a partir de 18 de março de 2016, cumpre fazer algumas considerações acerca dos julgamentos dos recursos interpostos sob a égide do antigo Código (Lei nº 5.869/73).

Dispõe o artigo 14 do Novo Código de Processo Civil:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a égide da norma revogada.

Depreende-se da leitura do mencionado dispositivo que a nova lei processual, conquanto se aplique imediatamente aos processos em curso, não atinge as situações já consolidadas dentro do processo, em obediência *ao princípio da não surpresa e ao princípio constitucional do isolamento dos atos processuais*.

Como ensinam os ilustres TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER *et alii*, em *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo* (São Paulo: RT, 2015), “há, no processo, fenômeno semelhante e assimilável ao *direito adquirido processual*. Por isto é que a nova lei, embora se aplique aos processos em curso, não atinge situações consolidadas, *dentro do processo*.” (pág. 73). Na verdade, a aplicação imediata “é a regra e supõe respeito a situações ‘consolidadas’, tudo com o intuito quase único de evitar que as partes se *surpreendam* com as novas regras” (pág. 74).

Nesse sentido, também, é o comentário do ilustre jurista CASSIO SCARPINELLA BUENO, em *Novo Código de Processo Civil Anotado* (São Paulo: Saraiva, 2015): “Aprimorando a segunda parte do artigo 1.211 do CPC atual, o texto do art. 14 agasalha expressamente o princípio ‘tempus regit actum’ que deve ser entendido como a incidência imediata das novas leis no processo em curso com a preservação dos atos processuais já praticados. É essa a razão pela qual se extrai do dispositivo também o chamado ‘princípio do isolamento dos atos processuais’, corretamente garantido (art. 5º, XXXI, da CF), ao assegurar o respeito aos atos processuais praticados e às situações jurídicas consolidadas sob o pálio da lei anterior” (pág. 51).

Desse modo, ainda que o recurso tivesse sido interposto após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, o que não é o caso dos autos, por ter sido a sentença proferida sob a égide da lei anterior, é à luz dessa lei que ela deverá ser reexaminada pelo Tribunal, ainda que para reformá-la, pois, como ensinam TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER *et alii*, “modificações decorrentes da lei que entrou em vigor depois de a decisão ter sido proferida não beneficiam nem prejudicam o recorrente e o recorrido: *não incidem*” (*Op. cit.*, pág. 74).

Especialmente no que toca aos honorários advocatícios, entendo que não é hipótese de aplicação das novas regras previstas no novo Código de Processo Civil.

Isto porque, apesar de inserta no NCPC, a referida matéria não é de direito processual, mas sim de caráter notadamente material, compondo o mérito da demanda principal, e sujeita à lei em vigor ao tempo de seu aperfeiçoamento, em observância ao ato jurídico perfeito, direito constitucional insculpido no artigo 5º, XXXVI, da CF/88.

Segundo as lições dos ilustres professores NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY:

Recurso já interposto. Superveniência de lei nova. Quando o recurso já tiver sido interposto e sobrevier lei que altere o seu regime jurídico, manter-se-á eficaz a lei antiga quanto ao cabimento e ao procedimento do recurso. A este fenômeno dá-se o nome de *ultratividade* (Cardozo. *Retroatividade*, p. 296 *et seq.*) ou *sobrevigência* (Cruz. *Aplicação*, nº 78, p. 298 *et seq.*) da lei anterior. V. Nery. *Recursos*, nº 3.7, pp. 469-471. (*in* Comentários ao Código de Processo Civi: Novo CPC - Lei 13.105/2015. São Paulo: RT, 2015. pág. 229).

Conclui-se, pois, que o julgamento é parte do procedimento do recurso, devendo observar as regras em vigor no momento em que proferida a decisão impugnada.

Igualmente, não há que se falar em condenação em honorários recursais, inovação introduzida pelo CPC/2015.

Deveras, sendo os honorários recursais consequência da interposição de recurso, com evidente relação de causalidade que conduz à condenação honorária, não há como impor o seu pagamento no julgamento dos recursos interpostos contra decisões proferidas na vigência do CPC/1973.

Nesse sentido, é o entendimento firmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, em seu Enunciado Administrativo nº 6, aprovado pelo Plenário, em sessão de 09/03/2016:

Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC.

Passo, pois, ao exame do recurso de apelação.

Sobre o bem garantido por alienação fiduciária, não pode recair a penhora, pois, embora esteja na posse do executado, o bem pertence à instituição financeira que concedeu o financiamento. No entanto, a constrição judiciária pode incidir sobre direito do executado decorrente do contrato de financiamento, como autoriza a Lei de Execução Fiscal, em seu artigo 11, inciso VIII (“direitos e ações”).

Nesse sentido, é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PENHORA SOBRE OS DIREITOS E AÇÕES DE BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE. POSSIBILIDADE.

1. Afasta-se contrariedade ao art. 557, *caput*, do CPC quando o recurso julgado por decisão monocrática for posteriormente confirmado pelo órgão colegiado em agravo regimental. Inexistência de nulidade.

2. “O devedor fiduciante possui expectativa do direito à futura reversão do bem alienado, em caso de pagamento da totalidade da dívida, ou à parte do valor já quitado, em caso de mora e excussão por parte do credor, que é passível de penhora, nos termos do art. 11, VIII, da Lei das Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80), que permite a constrição de ‘direitos e ações’. (REsp 795.635/PB, de minha relatoria, DJU de 07.08.06).” (REsp 910.207/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 25.10.2007)

3. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp nº 1.051.642/RS, 1ª Turma, Relatora Ministra Denise Arruda, DJe 02/02/2010)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DIREITOS DO DEVEDOR FIDUCIANTE. PENHORA. POSSIBILIDADE.

1. Não é viável a penhora sobre bens garantidos por alienação fiduciária, já que não pertencem ao devedor-executado, que é apenas possuidor, com responsabilidade de depositário, mas à instituição financeira que realizou a operação de financiamento. Entretanto é possível recair a constrição executiva sobre os direitos detidos pelo executado no respectivo contrato. Precedentes.

2. O devedor fiduciante possui expectativa do direito à futura reversão do bem alienado, em caso de pagamento da totalidade da dívida, ou à parte do valor já quitado, em caso de mora e excussão por parte do credor, que é passível de penhora, nos termos do art. 11, VIII, da Lei das Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80), que permite a constrição de “direitos e ações”. (REsp 795.635/PB, de minha relatoria, DJU de 07.08.06).

3. Recurso especial provido.

(REsp nº 910.207/MG, 2ª Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJ 25/10/2007, pág. 159)

Assim também, já decidi esta Egrégia Corte:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM POSTERIOR À CITAÇÃO DO DEVEDOR. INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO REALIZADO APÓS A CITAÇÃO. ART. 185 DO CTN, COM A REDAÇÃO ANTERIOR À LC Nº 118/2005. SÚMULA 375/STJ. INAPLICABILIDADE. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. SUCESSIVAS ALIENAÇÕES. POSSIBILIDADE DE PENHORA SOBRE OS DIREITOS PROVENIENTES DO CONTRATO EM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.

1. O Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento acerca do instituto da fraude à execução fiscal, por meio do regime dos recursos repetitivos (REsp 1.141.990/PR). Nesta ocasião, consagrou a inaplicabilidade da súmula 375/STJ às execuções fiscais em face da existência de dispositivo expreso a respeito no âmbito das dívidas tributárias: o artigo 185 do Código Tributário Nacional.

2. Em aplicação ao princípio *tempus regit actum*, é preciso analisar a redação do referido artigo 185 vigente à época da alienação ou oneração para constatar eventual ocorrência de fraude. No caso, por ter sido o negócio realizado anterior a vigência da LC nº 118/05, a fraude à execução está configurada em face da alienação ocorreu após a citação do devedor.

3. Embora tenham ocorrido alienações sucessivas do automóvel penhorado, a citação do executado se deu em momento anterior a transferência do bem para o primeiro adquirente e deste para ora apelante, o que, de acordo com a jurisprudência colacionada, se caracteriza como fraude à execução fiscal. Ainda que o terceiro embargante tenha adquirido o bem sem intuito fraudatório, há a fraude, porquanto a configuração desta independe de má-fé de quem adquiriu o bem.

4. O executado tornou-se proprietário do veículo, descabe alegação de posse precária em face de contrato em alienação fiduciária.

5. Ainda que fosse comprovada a situação de mero possuidor do executado, o que não restou demonstrado nos autos, não conduziria ao afastamento da fraude à execução. É pacífico o entendimento que o veículo gravado em alienação fiduciária não pode ser penhorado, uma vez que o bem não faz parte do patrimônio do devedor, sendo de propriedade do credor fiduciário, que não pode responder com seus bens por dívidas de terceiros. Entretanto, é possível de penhora o direito decorrente de contrato de financiamento de veículo em que o executado tenha expectativa de adquirir a propriedade do bem financiado, se e quando implementadas as condições avençadas no contrato de financiamento.

6. Apelação desprovida.

(AC nº 0001323-27.2005.4.03.6117/SP, 5ª Turma, Relator Desembargador Federal Maurício Kato, DE 03/09/2015)

No caso, insurge-se a União contra a sentença recorrida, na parte em que foi determinado o levantamento da penhora sobre o veículo de placa BY5188, de propriedade do credor fiduciário.

Conforme informação prestada pela instituição financeira à fl. 171 e documento juntado à fl. 178, o referido veículo foi, sim, objeto do contrato de financiamento nº 73997927, em nome do embargante SÍLVIO AUGUSTO FERREIRA, estando o contrato liquidado desde 12/03/2012.

Intimado a se manifestar sobre o documento juntado, o embargante deixou transcorrer, “in albis”, o prazo que lhe foi concedido, como certificado à fl. 192.

Desse modo, deve ser mantida a penhora que recaiu sobre o veículo de placa BY5188, de propriedade do embargante.

No tocante ao veículo de placa BSR5463, deve subsistir a sentença recorrida, que deter-

minou o levantamento da penhora, vez que não houve recurso da União, nesse aspecto.

Quanto às verbas de sucumbência, dispõe o artigo 21 do Código de Processo Civil que, se cada litigante for em parte vencedor e vencido, as custas e honorários advocatícios serão recíproca e proporcionalmente distribuídos entre as partes.

Assim, os honorários advocatícios deverão ser suportados pelas partes na seguinte proporção: metade pelo embargante em favor do procurador da União e a outra metade pela União em favor do advogado do embargante. Também as custas processuais deverão ser rateadas entre as partes, na mesma proporção.

E, na hipótese, tendo em conta que foi atribuído à causa o valor de R\$ 13.590,00 (treze mil, quinhentos e noventa reais), bem como a simplicidade da causa e a singeleza do trabalho realizado, os honorários advocatícios devem ser mantidos em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, como fixado na sentença recorrida, vez que em harmonia com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, nos termos do artigo 20, parágrafo 4º, do CPC/1973.

Diante do exposto, *DOU PARCIAL PROVIMENTO ao apelo da União*, para declarar subsistente a penhora que incidiu sobre o veículo de placa BY5188, julgando parcialmente procedentes os embargos e condenando as partes, em razão da sucumbência recíproca, a arcar com as custas processuais e os honorários advocatícios, na forma acima explicitada.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0002221-71.2009.4.03.6126

(2009.61.26.002221-8)

Agravante: DIRCEU MANZATO

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelantes: DIRCEU MANZATO E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA - VICE-PRESIDENTE

Classe do Processo: ApelReex 1590674

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/08/2016

DECISÃO

Trata-se de agravo interno interposto pelo segurado para impugnar decisão proferida por esta Vice-Presidência que, com fundamento no artigo 543-C, § 7º, inciso I, do Código de Processo de 1973, negou seguimento ao recurso especial que desafia acórdão proferido por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

A decisão recorrida negou seguimento ao recurso especial quanto à decadência, com base no decidido pelo E. Superior Tribunal de Justiça nos autos dos REsps nº 1.309.529/PR e nº 1.326.114/SC, submetidos ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil brasileiro de 1973.

Requer-se a reconsideração da decisão agravada a fim de seja conferido trânsito ao recurso para a instância superior.

DECIDO.

Entendo que as delimitações da matéria de fundo permitem, em melhor análise, realizar juízo positivo de retratação da decisão que negou, de plano, seguimento ao recurso especial.

Como se sabe, a questão do prazo decadencial para a revisão do ato de concessão de benefício previdenciário foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *RE nº 626.489/SE*. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, fixou entendimento sobre a matéria na linha do decidido pela Suprema Corte, o que se deu na apreciação do julgamento dos *RESP nº 1.309.529/PR* e *RESP nº 1.326.114/SC*, ambos resolvidos nos termos do artigo 543-C do Código de Processo de 1973.

De outro lado, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que não há se falar em decadência em situações como a presente. A ratio dos precedentes considera a inaptidão da decadência para alcançar matéria de fato sobre a qual a Administração não tenha se manifestado na data da concessão do benefício. Não há decadência, por exemplo, se a pretensão veiculada consiste na revisão da renda mensal inicial do benefício em razão de tempo rural não computado (*RESP nº 1.429.312/SC*), ou não tenha sido discutida certa questão jurídica como o reconhecimento do tempo de serviço exercido em condições especiais (EDcl no *RESP nº 1.491.868/RS*).

Eis os precedentes citados:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/ CONTRIBUIÇÃO. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL. CÔMPUTO DE TEMPO RURAL. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. TEMA NÃO APRECIADO PELA ADMINISTRAÇÃO PREVIDENCIÁRIA QUANDO CONCEDIDO O BENEFÍCIO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. De acordo com os Recursos Especiais Repetitivos 1.309.529/PR e 1.326.114/SC, incide o prazo de decadência do artigo 103 *caput* da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, ao benefício concedido anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência, isto é, 28/6/1997.

2. É possível afirmar que por ato de concessão deve ser entendida toda matéria relativa aos requisitos e critérios de cálculo do benefício submetida ao INSS no requerimento do benefício, do que pode resultar o deferimento ou indeferimento do pleito.

3. No presente caso, a pretensão veiculada consiste na revisão da renda mensal inicial do benefício em razão de tempo rural não computado, tema não apreciado pela Administração. Por isso não há falar em decadência.

4. Recurso especial conhecido e não provido.

(STJ, 2ª Turma, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, REsp 1429312/SC, julgado em 21/05/2015, fonte: DJe 28/05/2015)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RMI. DECADÊNCIA. RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS 1.309.529/PR E 1.326.114/SC. DECADÊNCIA AFASTADA NO CASO. TEMA NÃO SUBMETIDO À ADMINISTRAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARA SANAR OMISSÃO COM EFEITO MODIFICATIVO AO JULGADO.

1. Há decadência do direito de o segurado do INSS revisar seu benefício previdenciário concedido anteriormente ao prazo previsto no *caput* do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997 (D.O.U 28.6.1997), posteriormente convertida na Lei 9.528/1997, se transcorrido o decênio entre a publicação da citada norma e o ajuizamento da ação, conforme orientação reafirmada nos Recursos Especiais Repetitivos 1.309.529/PR e 1.326.114/SC.

2. No caso, não tendo sido discutida certa questão jurídica quando da concessão do benefício (reconhecimento do tempo de serviço especial), não ocorre decadência para essa questão. Efetivamente, o prazo decadencial não pode alcançar questões que não se aventaram por ocasião do deferimento do benefício e que não foram objeto de apreciação pela Administração.

3. Embargos de Declaração acolhidos como efeito modificativo para sanar omissão e restabelecer o acórdão proferido pelo origem.

(STJ, 2ª Turma, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, EDcl no REsp 1491868/RS, julgado em 24/02/2015, fonte: DJe 23/03/2015)

Confira-se, ainda, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 103 DA LEI 8.213/91.

1. Hipótese em que se consignou que “a decadência prevista no artigo 103 da Lei 8.213/91 não alcança questões que não restaram resolvidas no ato administrativo que apreciou o pedido de concessão do benefício. Isso pelo simples fato de que, como o prazo decadencial limita a possibilidade de controle de legalidade do ato administrativo, não pode atingir aquilo que não foi objeto de apreciação pela Administração”.

2. O posicionamento do STJ é o de que, quando não se tiver negado o próprio direito reclamado, não há falar em decadência. *In casu*, não houve indeferimento do reconhecimento do

tempo de serviço exercido em condições especiais, uma vez que não chegou a haver discussão a respeito desse pleito.

3. Efetivamente, o prazo decadencial não poderia alcançar questões que não foram aventadas quando do deferimento do benefício e que não foram objeto de apreciação pela Administração. Por conseguinte, aplica-se apenas o prazo prescricional, e não o decadencial.

Precedentes do STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

(STJ, 2ª Turma, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, AgRg no REsp 1407710/PR, julgado em 08/05/2014, fonte: DJe 22/05/2014)

Se não há plena identidade entre o deduzido como pedido nesta ação previdenciária e a matéria resolvida pelos Tribunais Superiores nos paradigmas invocados na decisão agravada, impõe-se reconhecer o equívoco da decisão recorrida e, com base no artigo 251 do Regimento Interno deste Tribunal, reconsiderá-la.

Procedo a novo exame de admissibilidade do recurso e, na sequência, passo a admiti-lo.

De rigor, portanto, conferir-se trânsito ao recurso, a fim de que a instância superior possa consolidar o entendimento sobre a matéria, em especial no que toca ao afastamento dos *leading cases* (RESPs nº 1.309.529/PE e nº 1.326.114/SC) em situações nas quais se pleiteia a revisão do benefício por meio do acréscimo de tempo de serviço exercido em condições especiais.

Ante o exposto, *reconsidero* a decisão agravada, ADMITO o recurso especial e julgo *prejudicado* o agravo interno.

Int.

São Paulo, 11 de julho de 2016.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Vice-Presidente

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0033113-81.2009.4.03.9999

(2009.03.99.033113-2)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: DOMINGOS HERMES DE OLIVEIRA
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE MIRANDÓPOLIS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES
Classe do Processo: ApelReex 1454278
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/08/2016

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIO. PRELIMINAR. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE RURAL. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. ART. 493 CPC/2015. TERMO INICIAL. ARTS. 300 E 497 CPC/2015.

1. Ainda que não tenha havido o requerimento administrativo prévio do benefício, nesta fase processual não se mostra aceitável sua exigência, posto que, mais do que constituída a lide, já foi declarado o direito.
2. Conjunto probatório suficiente para demonstrar o exercício da atividade rural.
3. O autor cumpriu o requisito temporal e a carência prevista no art. 142 da Lei de Benefícios, fazendo jus à aposentadoria por tempo de serviço integral, nos termos do art. 201, § 7º, I, da Constituição da República.
4. O tempo de serviço posterior ao ajuizamento deve ser computado, segundo o disposto no art. 493 do CPC/2015. Tendo em vista que tal informação consta no banco de dados (CNIS) da Autarquia, não se trata de fato novo.
5. O termo inicial do benefício deve ser fixado na data em que o autor implementou todos os requisitos inerentes à concessão de aposentadoria integral por tempo de contribuição.
6. Preliminar rejeitada. Remessa oficial e apelação do INSS parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a matéria preliminar e, no mérito, dar parcial 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, 20 de julho de 2016.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pelo INSS em face da sentença proferi-

da nos autos da ação em que se pleiteia o reconhecimento de atividade rural sem registro em carteira e a concessão de aposentadoria por tempo de serviço.

A sentença julgou procedente o pedido para o fim de reconhecer a atividade rural exercida pelo autor nos períodos de 01/1968 a 12/1973, 01/1974 a 12/1975, 01/1977 a 12/1980 e condenar o réu a conceder o benefício de aposentadoria por tempo de serviço ao autor a partir da citação.

Apela o INSS sustentando, preliminarmente, a ausência de interesse de agir por ausência de prévio requerimento administrativo. No mérito, alega que não restou comprovado o labor rural no período pleiteado, sendo indevido o benefício pretendido.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

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

Preliminar

De acordo com o entendimento jurisprudencial adotado por esta Corte Regional, tratando-se de ação de cunho previdenciário, ainda que não se possa condicionar a busca da prestação jurisdicional ao exaurimento da via administrativa, tem-se por razoável exigir que a autora tenha ao menos formulado um pleito administrativo - e recebido resposta negativa - de forma a demonstrar a necessidade de intervenção do Poder Judiciário ante a configuração de uma pretensão resistida.

In casu, todavia, verifica-se que o feito encontra-se sentenciado com análise de mérito, tendo sido julgada procedente a pretensão da parte autora. Desta forma, ainda que não tenha havido o requerimento administrativo prévio, que em um primeiro momento poderia se caracterizar como um impeditivo para o prosseguimento do feito, nesta fase processual não se mostra razoável a sua exigência, posto que mais do que constituída a lide, já foi declarado o direito. Conduta diversa, nesta situação, iria contra o princípio da razoabilidade.

Assim, rejeito a matéria preliminar e passo ao exame do mérito.

Aposentadoria por tempo de serviço/contribuição - requisitos

A aposentadoria por tempo de serviço, atualmente denominada aposentadoria por tempo de contribuição, admitia a forma proporcional e a integral antes do advento da Emenda Constitucional 20/98, fazendo jus à sua percepção aqueles que comprovem tempo de serviço (25 anos para a mulher e 30 anos para o homem na forma proporcional, 30 anos para a mulher e 35 anos para o homem na forma integral) desenvolvido totalmente sob a égide do ordenamento anterior, respeitando-se, assim, o direito adquirido.

Aqueles segurados que já estavam no sistema e não preencheram o requisito temporal à época da Emenda Constitucional 20 de 15 de dezembro de 1998, fazem jus à aposentadoria por tempo de serviço proporcional desde que atendam às regras de transição expressas em seu art. 9º, caso em que se conjugam o requisito etário (48 anos de idade para a mulher e 53 anos de idade para o homem) e o requisito contributivo (pedágio de 40% de contribuições faltantes para completar 25 anos, no caso da mulher e para completar 30 anos, no caso do homem).

Atualmente, são requisitos para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, de acordo com os arts. 52 e 142 da Lei 8.213/91, a carência e o recolhimento de contribuições (30 anos para a mulher e 35 anos para o homem), ressaltando-se que o tempo de serviço prestado anteriormente à referida Emenda equivale a tempo de contribuição, a teor do art. 4º da Emenda Constitucional 20/98.

Tempo de serviço rural anterior e posterior à Lei de Benefícios

A aposentadoria do trabalhador rural apresenta algumas especificidades, em razão sobretudo da deficiência dos programas de seguridade voltados a essa categoria de trabalhadores no período anterior à Constituição Federal de 1988 e do descumprimento da legislação trabalhista no campo. Assim é que, no seu art. 55, §2º, a Lei 8.213/91 estabeleceu ser desnecessário o recolhimento de contribuições previdenciárias pelo segurado especial ou trabalhador rural no período anterior à vigência da Lei de Benefícios, caso pretenda o cômputo do tempo de serviço rural, exceto para efeito de carência. Neste sentido, já decidiu esta E. Corte: SÉTIMA TURMA, APELREEX 0005026-42.2014.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS, julgado em 21/07/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/07/2014 e TERCEIRA SEÇÃO, AR 0037095-93.2010.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES, julgado em 28/11/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/12/2013.)

Já em relação ao tempo de serviço rural trabalhado a partir da competência de novembro de 1991 (art. 55, §2º, da Lei 8.213/91 c/c o art. 60, X, do Decreto 3.048/99), ausente o recolhimento das contribuições, somente poderá ser aproveitado pelo segurado especial para obtenção dos benefícios previstos no art. 39, I, da Lei 8.213/91.

A prova do exercício de atividade rural

Muito se discutiu acerca da previsão contida no art. 55, §3º, da Lei de Benefícios, segundo a qual a comprovação do tempo de serviço exige início de prova material. O que a Lei nº 8.213/91 exige é apenas o *início* de prova material e é esse igualmente o teor da Súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça.

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção do benefício previdenciário.

Exigir documentos comprobatórios do labor rural para todos os anos do período que se quer reconhecer equivaleria a erigir a prova documental como a única válida na espécie, com desconsideração da prova testemunhal produzida, ultrapassando-se, em desfavor do segurado, a exigência legal. Neste sentido, o C. STJ: AgRg no AREsp 547.042/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 30/09/2014.

Tais documentos devem ser contemporâneos ao período que se quer ver comprovado, no sentido de que tenham sido produzidos de forma espontânea, no passado.

Idade mínima para o trabalho rural

Não se olvida que há jurisprudência no sentido de admitir-se o labor rural a partir dos 12 (doze) anos de idade, por ser realidade comum no campo, segundo as regras ordinárias de experiência, mormente se a prova testemunhal é robusta e reforçada por documentos que indiquem a condição de lavradores dos pais do segurado.

O raciocínio invocado em tais decisões é o de que a norma constitucional que veda o trabalho ao menor de 16 anos visa à sua proteção, não podendo ser invocada para, ao contrário,

negar-lhe direitos. (RESP 200200855336, Min. Jorge Scartezini, STJ - Quinta Turma, DJ 02/08/2004, p. 484.).

Tal ponderação não é isenta de questionamentos. De fato, emprestar efeitos jurídicos para situação que envolve desrespeito a uma norma constitucional, ainda que para salvaguardar direitos imediatos, não nos parece a solução mais adequada à proposta do constituinte - que visava dar ampla e geral proteção às crianças e adolescentes, adotando a doutrina da proteção integral, negando a possibilidade do trabalho infantil.

Não se trata, assim, de restringir direitos ao menor que trabalha, mas sim, de evitar que se empreste efeitos jurídicos, para fins previdenciários, de trabalho realizado em desacordo com a Constituição. Considero, desta forma, o ordenamento jurídico vigente à época em que o(a) autor(a) alega ter iniciado o labor rural para admiti-lo ou não na contagem geral do tempo de serviço, para o que faço as seguintes observações:

As Constituições Brasileiras de 1824 e 1891 não se referiram expressamente à criança e adolescente tampouco ao trabalho infantil.

A Constituição de 1934 foi a primeira a tratar expressamente da proteção à infância e à juventude e em seu artigo 121 consagrou, além de outros direitos mais favoráveis aos trabalhadores, a proibição de qualquer trabalho para os menores de 14 anos; de trabalho noturno para os menores de 16 anos; e de trabalho em indústrias insalubres para menores de 18 anos.

Por sua vez, a Constituição de 1937, repetiu a fórmula da proibição de qualquer trabalho para os menores de 14 anos; de trabalho noturno para os menores de 16 anos e de trabalho em indústrias insalubres para menores de 18 anos.

A Constituição de 1946 elevou a idade mínima para a execução de trabalho noturno de 16 para 18 anos, mantendo as demais proibições de qualquer trabalho para menores de 14 anos e em indústrias insalubres para menores de 18 anos, além de proibir a diferença de salário para o mesmo trabalho por motivo de idade.

A Constituição de 1967, embora tivesse mantido a proibição para o trabalho noturno e insalubre para menores de 18 anos, reduziu de 14 para 12 anos a idade mínima para qualquer trabalho.

Por fim, a Constituição da República de 1988, proíbe o trabalho noturno, perigoso e insalubre para os menores de 18 anos; e, inicialmente, de qualquer trabalho para menores de 14 anos, como constava nas Constituições de 1934, 1937 e 1946. Todavia, com a Emenda Constitucional 20, de 1998, a idade mínima foi elevada para 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir de 14 anos.

Caso concreto - elementos probatórios

A parte autora, nascida em 08/08/1954, trouxe aos autos, para comprovar o exercício de atividade rural, os seguintes documentos nos quais é qualificado como lavrador:

- certificado de dispensa de incorporação, datado de 21/11/1972 (fls. 11);
- certidão do Ministério do Exército (fls. 12);
- título eleitoral, datado de 26/01/1973;

Afasto o valor probatório dos documentos do “Grupo Escolar Dr. Edgar Raimundo da Costa”, pois não são revestidos da necessária oficialidade, sem qualquer carimbo ou identidade visual que ateste sua proveniência de órgão oficial do governo (Secretaria da Educação).

Os demais documentos relacionados constituem o início de prova material.

As testemunhas ouvidas em audiência (fls. 58/59) afirmaram conhecer o autor há mais de 35 anos e desde 1968, respectivamente. Relataram que ele e seus pais moravam e trabalhavam em um sítio, no Córrego do Boi. Depois, o autor mudou-se e passou a trabalhar no bairro 1ª Aliança em uma propriedade pertencente a Yoshio Kobashi, nas lavouras de café, milho, arroz e plantações de manga.

Desta forma, o conjunto probatório foi suficiente para comprovar a atividade rural da parte autora no período de 01/01/1968 (data requerida na inicial) a 31/12/1973 e de 01/01/1974 a 31/12/1975 (data anterior ao primeiro registro em CTPS).

Esclareço que não é possível o reconhecimento do exercício de atividade rural no período entre os registros na CTPS, de 1977 a 1980, tendo em vista que o início de prova restou desamparado do necessário complemento por qualquer outra prova, seja documental ou mesmo testemunhal, tendo em vista que, embora as testemunhas afirmem que o autor trabalhou até 1980 na última propriedade citada, nada relataram sobre os vínculos de trabalho urbano nos períodos de 06/01/1976 a 16/03/1976 e de 01/04/1976 a 13/05/1976, registrados na CTPS (fls. 22) e ainda divergindo sobre as atividades do autor após 1980.

Considerando o tempo de serviço rural reconhecido nos autos, bem como o registrado em CPTS e os recolhimentos constantes no CNIS, verifica-se que à época do ajuizamento da ação, ou mesmo da citação do instituto réu, a parte autora não havia preenchido o tempo de serviço necessário à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço proporcional e tampouco integral.

Observo que o tempo de serviço posterior ao ajuizamento deve ser computado, segundo o disposto no art. 493 do CPC/2015, e tendo em vista que tal informação consta no banco de dados (CNIS) da Autarquia, não se trata, portanto, de fato novo ao INSS.

Verifica-se, assim, que o autor ultrapassou os 35 anos exigidos para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, nos termos do art. 201, § 7º, I, da Constituição da República.

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data em que o autor implementou todos os requisitos inerentes a concessão da aposentadoria integral por tempo de contribuição, em 13/06/2011, conforme tabela anexa.

As parcelas vencidas deverão ser corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora, a partir da citação, de acordo com os critérios fixados no manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. Na esteira desse entendimento, cumpre destacar decisões desta E. Sétima Turma: AgLegal/ApelReex nº 0000319-77.2007.4.03.6183/SP, Rel. Des. Fed. Fausto de Sanctis, 7ª Turma, data do julgamento 23/02/2015; AC nº 0037843-62.2014.4.03.9999/SP, Rel. Des. Fed. Toru Yamamoto, 7ª Turma, data do julgamento 26/02/2015; AC nº 0000458-61.2013.4.03.6005/SP, Rel. Des. Fed. Denise Avelar, 7ª Turma, data do julgamento 27/02/2015.

Deixo de condenar a autarquia em honorários advocatícios, uma vez que a procedência do pedido baseou-se em período laborado no curso da ação. À época do ajuizamento, o autor não havia preenchido os requisitos para a obtenção do benefício, não tendo a autarquia, portanto, dado causa à demanda.

O INSS é isento do pagamento de custas processuais, nos termos do art. 4º, inc. I, da Lei Federal nº 9.289/96, devendo reembolsar as despesas devidamente comprovadas.

Ante a constatação de que o autor já recebe atualmente o benefício de aposentadoria por tempo de serviço (NB 148.127.834-4 - DIB 29/02/2008), anote-se a obrigatoriedade da

dedução, na fase de liquidação, dos valores eventualmente pagos à parte autora após o termo inicial ora fixado.

Ante o exposto, *rejeito a preliminar e, no mérito, dou parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial* para reconhecer a atividade rural do autor tão somente no período de 01/01/1968 a 31/12/1975, mantendo a concessão da aposentadoria por tempo de serviço ao autor por fundamento diverso, fixando o termo inicial, verba honorária e consectários conforme a fundamentação.

É como voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA
0021744-46.2011.4.03.0000
(2011.03.00.021744-6)

Autor: JURANDIR ROSA DE LIMA
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS
Classe do Processo: AR 8205
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/08/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 458, V, DO CPC/73. JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. PRELIMINARES. INÉPCIA DA INICIAL. CARÊNCIA DA AÇÃO. AFASTADAS. MÉRITO DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO RESCISÓRIA POR VIOLAÇÃO AOS ARTS. 861 E SEQUENTES DO CPC/73. NOVO JULGAMENTO: NÃO CONHECIMENTO DA APELAÇÃO E ANULAÇÃO DA SENTENÇA. DETERMINAÇÃO PARA QUE NOVA DECISÃO SEJA PROFERIDA.

1. Descabido o arazoado de inépcia da petição inicial, porque da narrativa dos fatos extrai-se perfeitamente a extensão de sua pretensão jurídica, o que possibilitou não só a plena defesa do réu, como também a própria prestação jurisdicional.
2. Os argumentos que dão sustentação à preliminar de carência da ação, por tangenciarem o mérito, com este serão analisados. Matéria preliminar rejeitada.
3. Alega que o julgado extrapolou os limites da lide proposta, ao prolatar decisão de mérito em uma ação de justificação judicial.
4. Realmente o magistrado laborou em equívoco ao conduzir a ação pelo rito da justificação judicial e proferir sentença de mérito. Equívoco esse que se propagou em instância superior, na decisão que substituiu a sentença, para dar provimento à apelação do INSS e julgar improcedente o pedido.
5. Cuidando-se de justificação judicial, não cabe contestação e nem recurso, e é defeso ao juiz adentrar ao mérito, nos termos dos artigos 865 e 866 do CPC/73.
6. Recebida a ação como justificação judicial, assim deveria caminhar e não se desviar para tomar rumos outros, incompatíveis com o rito adotado. O erro deveria ser extirpado e não convalidado pela decisão rescindenda, que extrapolou os limites do instrumento manejado, ao se pronunciar sobre o mérito da prova, distorcendo o sentido próprio e a natureza cautelar de justificação de relação jurídica, como se estivesse a apreciar uma ação declaratória de reconhecimento de tempo de serviço.
7. É inadmissível o julgamento de mérito de uma ação em que não se tenha instaurado o contraditório e ampla defesa. A citação do artigo 862 do CPC/73, não possui os mesmos efeitos da citação do artigo 219 do CPC/73. Em hipótese alguma poder-se-ia em sede de justificação declarar a existência ou não do fato ou da relação jurídica sobre a qual incidiu a prova.
8. Destarte, resta configurada a violação de lei alegada, por ter sido conferido caráter contencioso a este processo que tramitou sob o rito da ação de justificação judicial. Procedência da ação rescisória.
9. Em novo julgamento: A apelação, que traz questões inerentes ao mérito, não deveria ser conhecida, nos termos do artigo 865 do CPC/73. Quanto à sentença, impõe-se

sua anulação de ofício, por ser extra-petita.

10. À vista do resultado, determino ao MM. Juiz *a quo* que nova decisão seja proferida naqueles autos, nos estritos termos do artigo 866 do CPC/73, sem pronunciamento a respeito do mérito da prova.

11. Condenação do INSS ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *rejeitar* a matéria preliminar e, no mérito, em sede de juízo rescindente, com fundamento no art. 485, V, do CPC/73, *julgar procedente* a ação rescisória para desconstituir o acórdão e, em *novo julgamento: não conhecer* da apelação; *anular*, de ofício, a sentença; e, determinar ao MM. Juiz *a quo* que nova decisão seja proferida naqueles autos, nos estritos termos do artigo 866 do CPC/73, sem pronunciamento a respeito do mérito da prova, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de julho de 2016.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Trata-se de ação rescisória proposta por Jurandir Rosa de Lima contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, para, com fundamento no artigo 485, V, do CPC/73, desconstituir o acórdão proferido pela Oitava Turma desta E. Corte nos autos do processo nº 2005.03.99.053821-3.

Alega que o julgado extrapolou os limites da lide proposta, ao prolatar decisão de mérito em uma ação de justificação judicial.

Pretende a rescisão do acórdão e, em novo julgamento, seja proferida decisão homologatória, nos termos do artigo 866 e seguintes do CPC/73.

A inicial veio instruída com os documentos de f. 09/108.

Pelo despacho de f. 111 foi determinada a emenda da inicial, o que foi cumprido às f. 114/115.

À f. 117 foram deferidos os benefícios da justiça gratuita e da dispensa do depósito.

Em contestação (f. 124/128), a autarquia alegou, preliminarmente, inépcia da petição inicial, por ausência de exposição dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido, bem como carência da ação, por não se prestar a rescisória ao reexame da causa originária. No mérito, aduziu não estarem demonstradas as hipóteses do artigo 485 do CPC/73, autorizadas da abertura desta via excepcional. Pugnou pela improcedência da rescisória.

À f. 137, consta certidão informando o decurso do prazo assinalado para réplica.

Dispensada a dilação probatória (f. 138), as partes apresentaram razões finais (f. 140 e 142/145).

O DD. Órgão do Ministério Público Federal sugere a procedência dos pedidos rescindendo e rescisório (f. 147/151).

É o relatório.

Sem revisão, consoante o disposto no art. 34 do Regimento Interno desta Corte, com a redação da Emenda Regimental nº 15/2016.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Pretende a parte autora, com fundamento no artigo 485, V, do CPC/73, desconstituir o acórdão proferido pela Oitava Turma desta E. Corte nos autos do processo nº 2005.03.99.053821-3.

A ação rescisória é o remédio processual do qual a parte dispõe para invalidar decisão de mérito transitada em julgado, dotada de eficácia imutável e indiscutível. Nessas condições, o que ficou decidido vincula os litigantes. Esse mecanismo autoriza o apontamento de imperfeições no julgado; seu objetivo é anular ato estatal com força de lei entre as partes.

Assinalo não ter sido superado o biênio imposto à propositura da ação, pois o ajuizamento desta rescisória deu-se em 29/7/2011 e o trânsito em julgado do decisum, em 1/9/2010 (f. 106).

Mostra-se descabido o arrazoado de inépcia da petição inicial, porque da narrativa dos fatos extrai-se perfeitamente a extensão de sua pretensão jurídica quanto ao pedido de rescisão com base no inciso V do artigo 485 do CPC/73, o que possibilitou não só a plena defesa do réu, como também a própria prestação jurisdicional (STJ - 3ª Turma, REsp 193.100-RS, rel. Min. Ari Pargendler, j. 15/10/2001, não conheceram, vu, DJU 4/2/2002, p. 345).

Os argumentos que sustentam a preliminar de carência da ação, por tangenciarem o mérito, serão com ele analisados.

Superadas as objeções processuais, *passo ao juízo rescindendo*.

A despeito da impropriedade técnica da inicial da subjacente em algumas passagens, que, em tese, poderia gerar dúvidas sobre a natureza da ação promovida, o fato é que o autor nomeou a ação como justificação judicial, e indicou como fundamento os artigos que até então a disciplinavam.

A justificação judicial instaura procedimento de jurisdição voluntária, cujo objetivo é documentar a existência de um fato ou de relação jurídica para utilização futura, não é possível, em seu âmbito, a valoração da prova produzida e nem a prolação de édito de cunho condenatório.

Ou seja, na justificação, o papel do julgador limita-se à presidência dos atos de colheita de prova, com a finalidade de homologar a observância dos requisitos necessários à sua validade. Inteligência do parágrafo único do artigo 866 do CPC/73.

Sobre o tema, leciona a doutrina:

O objetivo da justificação judicial é a constituição de prova - mais precisamente, a documentação de prova testemunhal. Não é declarar de maneira definitiva a existência ou a inexistência de um fato ou de uma determinada relação jurídica. Nem poderia ser. A justificação judicial de modo nenhum se confunde com a ação declaratória. Obviamente, a valoração da prova obtida com a justificação é um problema alheio ao juízo da justificação. A sentença de justificação deve se pronunciar simplesmente sobre a regularidade da produção da prova. Regularmente colhida, deve o juiz homologar o testemunho. Não deve valorá-lo. Não deve o juiz emitir qual-

quer juízo a respeito da suficiência da prova justificada para a adequada representação das alegações postas na inicial. Vale dizer: não deve se pronunciar sobre o mérito da prova (art. 866, parágrafo único, do CPC).

(MARINONI, Luiz Guilherme, e MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo. 4ª ed. São Paulo: Ed.Rev.dos Tribunais, 2012, p.821)

Assim, o magistrado laborou em equívoco ao conduzir a ação pelo rito da justificação judicial e proferir sentença de mérito, nos termos que seguem:

Importante frisar, preliminarmente, que o presente feito não possui natureza litigiosa, haja vista o disposto pelo artigo 861 do Código de Processo Civil. Merece também ser frisado que sequer possui um fim em si mesmo, eis que, nos termos do mesmo artigo de lei, a relação jurídica que se pretende justificar tem por fim servir de prova em processo regular.

A matéria aduzida pelo autor, de sua vez, restou devidamente comprovada nos autos.

Os documentos trazidos aos autos constituem início suficiente de prova material a dar sucedâneo às afirmações contidas em peça vestibular. Tais documentos atestam fatos como a existência do imóvel rural referido na inicial (fls. 17/18) e a profissão exercida pelo genitor do autor (agricultor - fls. 32).

Em adição, as testemunhas ouvidas em juízo puderam confirmar que conhecem o requerente e que ele, de fato, laborou em trabalho agrícola no período declinada (sic) na inicial (fls. 71/72). Posto isto, julgo procedente o pedido exordial, reconhecendo o período de 30 de agosto de 1963 a 30 de junho de 1970 como período no qual o autor exerceu atividade laboral agrícola.

Equívoco esse que se propagou em instância superior, na decisão que substituiu a sentença, para dar provimento à apelação do INSS e julgar improcedente o pedido, amparado nos argumentos a seguir descritos:

O pedido para cômputo do tempo de serviço, referente ao período de 30 de agosto de 1963 a 30 de junho de 1970, com a expedição da respectiva certidão, funda-se nos documentos de fls. 06/33, dos quais destaco:

a) formulários de informação e atualização cadastral para apuração do ITR, de imóvel rural cadastrado na Secretaria da Receita Federal sob nº 5232399-4, localizado no município de Dionísio, Estado de Minas Gerais, com área de 5,2 ha, propriedade da Sra. Marília Cirila de Jesus, referentes aos exercícios de 2001, 1999 e 1998 (fls. 06/08 e 20/22);

b) notificações de lançamentos do ITR, em nome da Sra. Maria Cirila de Jesus, do imóvel rural no município de Dionísio-MG, área de 5,2 ha, com enquadramento sindical do contribuinte como trabalhador rural, referentes aos exercícios de 1990, 1991, 1992, 1993, 1994, 1995 e 1996 (fls. 09/14 e 23/28);

c) certidão do Serviço Registral de Imóveis da Comarca de São Domingos da Prata, expedida em 11.07.2002, informando que o Sr. Anselmo João Evangelista, adquiriu, por escritura particular de compra e venda, lavrada em 20.07.1942 e registrada sob nº 19.277, em 25.05.1961, uma área de terras com 5,29 ha, localizada no município de Dionísio, Estado de Minas Gerais (fls. 15/18);

d) certidão de óbito do Sr. Anselmo João Evangelista, qualificado como lavrador, ocorrido em 11.09.1977 (fls. 29 e 31) e

e) certidão de casamento do Sr. Anselmo João Evangelista e da Sra. Maria Cirila de Jesus, realizado em 19.02.1944, informando a profissão de agricultor do marido (fls. 30 e 32)

As testemunhas, ouvidas às fls. 71/72, declararam conhecer o autor e confirmaram que trabalhou na roça com o pai na localidade de Turvo ou Mundo Novo.

Destaco que, para o reconhecimento do efetivo exercício da atividade rural, durante determinado período, necessário se faz o exame minucioso do conjunto probatório que deve apresen-

tar indícios de prova escrita, em consonância com a oitiva das testemunhas. Verifico, desde logo, que a documentação carreada aos autos se revela incapaz de demonstrar o efetivo exercício do labor rural, no período pleiteado, tendo em vista que o autor não juntou qualquer documento em seu nome que fizesse menção à profissão de lavrador. Além do que, as notificações de lançamento e os formulários cadastrais do ITR, dos exercícios de 1990 a 2001 (fls. 06/14), estão em nome de terceiro e correspondem a período não contemporâneo ao pleito. Destaque-se, ainda, que não há como verificar o grau de parentesco existente entre o autor e o Sr. Anselmo João Evangelista e sua esposa, a Sra. Maria Cirila de Jesus, tendo em vista a inexistência nos autos de qualquer documento de identificação do requerente, que informe o nome de seus genitores.

Dessa forma, inexistindo nos autos qualquer documento capaz de demonstrar o efetivo exercício do labor rural, no período pleiteado, e não tendo juntado qualquer documento que fizesse menção à sua profissão de lavrador, procura o autor sustentar suas alegações de trabalho na zona rural, em regime de economia familiar, apenas na prova testemunhal.

Segundo a Súmula 149, do S.T.J., “a prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário”.

Acrescente-se que a certidão do Serviço Registral de Imóveis de São Domingos da Prata, indicando que o Sr. Anselmo João Evangelista adquiriu uma área de terras, localizada no município de Dionísio, Estado de Minas Gerais (fls. 15/18), por si só, não se constitui em documento fundamental para o deslinde da questão, frente à inexistência de qualquer vestígio de prova material, em nome do autor, que pudesse trazer evidências inescusáveis de que tivesse laborado na mencionada propriedade agrícola. Além do que, não há como verificar a possível relação de parentesco com os proprietários do imóvel, em razão de não haver documentos de identificação informando os nomes dos genitores do autor.

Por fim, tratando-se o autor de indivíduo do sexo masculino, não se concebe que não tenha trazido aos autos documentos (título de eleitor ou certidão de alistamento militar), atestando a sua qualificação de lavrador.

Dessa forma, não havendo nos autos documentação apta a demonstrar o desempenho do labor rural, em regime de economia familiar, no período pleiteado, impõe-se a rejeição do pedido.

Cuidando-se de justificação judicial, não cabe contestação e nem recurso, e é defeso ao juiz adentrar ao mérito, nos termos dos artigos 865 e 866 do CPC/73.

Recebida a ação como justificação judicial, assim deveria caminhar e não se desviar para tomar rumos outros, incompatíveis com o rito adotado.

O erro foi convalidado pela decisão rescindenda, que também extrapolou os limites do instrumento manejado, ao se pronunciar sobre o mérito da prova, em contraste com a natureza cautelar da justificação, como se estivesse a apreciar uma ação declaratória de reconhecimento de tempo de serviço.

Para além, afigura-se inadmissível o julgamento de mérito de uma ação em que não se tenha instaurado o contraditório e a ampla defesa.

A citação do artigo 862 do CPC/73, não possui os mesmos efeitos da citação do artigo 219 do CPC/73, de modo que não se poderia, em sede de justificação, declarar a existência ou não do fato ou da relação jurídica sobre a qual incidiu a prova.

A respeito, invoco o julgado:

CONTENCIOSIDADE - INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS - MÉRITO DAS PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - FORMALIDADES LEGAIS

- Constituindo-se a Ação de Justificação em ato de jurisdição voluntária, sem caráter de contenciosidade, não há intervenção do julgador em nível de valoração de provas ou de imposição

de sanções. Consistindo a justificação na inquirição de testemunhas sobre os fatos alegados, não pode o juiz se pronunciar sobre o mérito das provas, devendo limitar-se à verificação da observância das formalidades legais (artigo 863 c/c o artigo 866, “caput”, do Código de Processo Civil). Apelação provida.

Sentença reformada.

(TRF - 1ª Região; 1ª T.; Ap. Cível nº 94.01.30963-9-MG; Rel. Juiz Amílcar Machado; j. 22.11.1994; v.u. DJU, Seção II, 02.05.1995, p. 25.409, ementa.)

Destarte, resta configurada a violação de lei alegada, por ter sido conferido caráter contencioso a este processo que tramitou sob o rito da ação de justificação judicial.

Passo ao juízo rescisório.

No caso, a apelação proferida em processo de justificação judicial, que traz questões inerentes ao mérito, *não deveria ser conhecida*, nos termos do artigo 865 do CPC/73, segundo a qual na justificação não cabe defesa nem recurso.

Neste sentido, citem-se os precedentes:

JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL - PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA - RECURSO - INADMISSIBILIDADE - Em se tratando de justificação judicial, que é um procedimento de jurisdição voluntária, sem caráter contencioso ou litigioso, em que o ataque ao conteúdo do processo justificatório far-se-á apenas na lide para cujos autos venham a ser carreados como prova (art. 861, do CPC), é incabível a interposição de recurso (art. 865, do CPC), o qual apenas se admite se se tratar de indeferimento da inicial. (TAMG - AP 0346431-7 - (49883) - Entre Rios de Minas - 4ª C.Cív. - Rel. Juiz Paulo César Dias - J. 19.12.2001)

JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL - Comprovação de dependência econômica de companheira com ex-segurado (de cujus) para fins previdenciários. Provas testemunhais com início de prova material. 1 foram observadas, no caso, as formalidades legais para homologação das provas apresentadas em juízo, para fins de comprovação de dependência econômica, vale dizer, certidão de óbito e certidões de nascimento de filhos em comum, além do depoimento de testemunhas. Não tendo sido alegado pelo recorrente nenhuma irregularidade quanto a formalidade a ser observada no processo de justificação, não se estabeleceu o contencioso a ensejar o conhecimento do recurso. Inteligência do art. 865, do CPC. 2 apelação não conhecida. (TRF 5ª R. - AC 00588467 - (05295464) - SE - 2ª T. - Rel. Juiz Petrócio Ferreira - J. 03.09.1996)

Noutro passo, uma vez rescindida a decisão, reabre-se o julgamento da causa.

Soma-se a isso o fato de o procedimento de justificação ter ares de jurisdição voluntária, porquanto uma sentença válida é meramente homologatória, razão por que, a rigor, para fins de rescisão do julgado, afastar-se-ia das hipóteses do artigo 485 do CPC/73, aproximando-se do caso hospedado no artigo 486 do mesmo código.

À vista de tais considerações, *não cabe a esta Egrégia Corte proferir julgamento da justificação em substituição ao julgado extra petita*, impondo-se a *anulação da sentença de ofício*.

Afinal, a sentença, ao decidir a justificação como se declaratória fosse, extrapolou os limites da lide, em afronta aos artigos 128 e 460 do CPC/73.

A matéria de *ordem pública* pode e deve ser conhecida *de ofício*, em qualquer tempo, nos termos do art. 267, § 3º, do CPC/73, ainda que não esteja inserida nos limites da divergência, porquanto não sofre os efeitos da preclusão.

A corroborar a tese:

PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DE JUSTIFICAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO COMO TRABALHADOR RURAL. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. ACOHLIMENTO. JULGAMENTO COMO AÇÃO DECLARATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. RESTRIÇÃO DOS EFEITOS AOS ATRIBUÍDOS LEGALMENTE À AÇÃO DE JUSTIFICAÇÃO. 1. Procedimento de jurisdição voluntária, a justificação não possui caráter contencioso, conforme previsão do art. 861 do CPC . Por conseguinte, não admite defesa nem recurso (art. 865 do CPC). Ao julgar a justificação, o juiz não se pronunciará sobre o mérito da prova, limitando-se a verificar se foram observadas as formalidades legais (art. 866 , parágrafo único do CPC). 2. É extra petita a sentença que julga ação de justificação de tempo de serviço como trabalhador rural como se tratasse de ação declaratória, reconhecendo como atividade rural o labor exercido pelo autor no período de 01 de janeiro de 1976 a 31 de dezembro de 1980, em descompasso com o instrumento processual manejado. Violação aos arts. 128 e 460 do CPC . Por conseguinte, deve ser acolhida a preliminar de nulidade da sentença recorrida. 3. Por fins de economia processual, zelando pela celeridade da tramitação do processo (art. 5º , LXXVIII da CF), os efeitos desta ação de justificação devem ser restringidos aos legalmente previstos. 4. Tendo sido observadas as formalidades legais, com fundamento nos arts. 861 e 866 do CPC , sem realizar pronunciamento acerca do mérito da prova produzida, determina-se a entrega dos autos ao requerente independentemente de traslado. 5. Apelação provida declarar a nulidade da sentença, restringindo os efeitos desta ação de justificação aos legalmente previstos. (TRF 5ª R. - AC 472900 CE 0001249-68.2009.4.05.9999 - 1ª T. - Rel. Desembargador Federal Francisco Cavalcanti - 30/07/2009 - Diário Eletrônico Judicial - Data: 17/09/2009 - Página: 181 - Ano: 2009)

JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - CONCESSÃO - IMPOSSIBILIDADE - SENTENÇA EXTRA PETITA - 1. No âmbito da justificação judicial não cabe ao juiz se pronunciar a respeito do mérito da prova, nos termos do art. 866, parágrafo único, do CPC. 2. Não pode o magistrado sentenciante incursionar nesse sentido e prestar qualquer provimento declaratório ou condenatório a respeito da comprovação do exercício de labor rural que a justificação pretendeu demonstrar. Nulidade da sentença. 3. Apelo provido. (TRF 4ª R. - AC 96.04.28720-6 - RS - 5ª T. - Rel. Juiz Conv. Altair Antonio Gregório - DJU 12.05.1999 - p. 553)

Assim, à vista do resultado, determino ao MM. Juiz *a quo* que nova sentença seja proferida naqueles autos, nos estritos termos do artigo 866 do CPC/73, sem pronunciamento a respeito do mérito da prova.

Diante do exposto, *rejeito a matéria preliminar* e, no mérito, em sede de juízo rescindente, com fundamento no art. 485, V, do CPC/73, *julgo procedente a ação rescisória* para desconstituir o acórdão. E, em novo julgamento, *não conheço da apelação e anulo, de ofício, a sentença*, determinando ao MMº Juiz *a quo* que nova sentença seja proferida naqueles autos, nos estritos termos do artigo 866 do CPC/73, sem pronunciamento a respeito do mérito da prova.

Condeno o INSS ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 1.000,00 (Hum mil reais).

Oficie-se ao DD. Juízo de Origem.

É como voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0007894-32.2013.4.03.6182
(2013.61.82.007894-0)

Apelante: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS DA 2ª REGIÃO EM SÃO PAULO CRECI/SP

Apelada: MYRIAN CARDOSO PIRES

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA DE EXECUÇÃO FISCAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Classe do Processo: AC 2147251

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/08/2016

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO DE CLASSE. COBRANÇA DE ANUIDADES E MULTA ELEITORAL. LEI Nº 12.514/11. AJUIZAMENTO POSTERIOR À EDIÇÃO DA LEI. RESOLUÇÃO COFECI nº 1.128/2009.

- O entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no que concerne ao artigo 8º da Lei nº 12.514/11, é de que não se executa débito cujo *valor, incluídos os juros, multa e correção monetária*, corresponda a menos de *4 vezes o do cobrado anualmente do inadimplente*, conforme se observa do posicionamento do Ministro Og Fernandes na votação do Recurso Especial nº 1.468.126/PR.

- A interpretação, portanto, que o STJ faz do dispositivo em comento é de que o legislador escolheu como parâmetro *o valor, não o número de quatro anuidades*, de modo a que se observe se o total do débito, ou seja, acrescido dos encargos, supera o de quatro anuidades.

- *In casu*, verifica-se que o conselho ajuizou, em 29.02.2013, execução fiscal para cobrar anuidades vencidas no aporte de R\$ 2.003,17 (dois mil e três reais e dezessete centavos), incluídos os encargos legais (multa, juros e correção monetária), além da multa eleitoral no valor atualizado de R\$ 598,57, de modo que o valor da causa montava R\$ 2.601,74.

- Na linha da orientação da corte superior, para fins de aplicação do artigo 8º da Lei nº 12.514/11, deve-se verificar o valor das anuidades no ano do ajuizamento da execução fiscal que, *no caso dos autos, era de R\$ 722,62 em 2008, R\$ 671,31 em 2009 e R\$ 609,24 em 2010 (fls. 10, 11 e 12), cuja soma totaliza R\$ 2.003,17*. Logo, não obstante serem cobradas três anuidades, o quantum exequendo (R\$ 2.601,74), incluídos os consectários, supera o do limite legal (R\$ 1.824,00 = quatro anuidades), independentemente do valor da multa eleitoral.

- No que concerne à multa eleitoral, é cabível, em princípio, a teor do artigo 4º do Decreto-Lei nº 1.040/69, com redação dada pela Lei nº 5.730/71.

- Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

à apelação, a fim de reformar a sentença extintiva e determinar o regular prosseguimento da execução fiscal, com relação às anuidades de 2008, 2009 e 2010 e à multa eleitoral de 2009, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de julho de 2016.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

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

Apelação interposta pelo *Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 2ª Região em São Paulo- CRECI/SP* contra sentença que, em sede de execução fiscal, extinguiu-a quanto às cobranças das anuidades de 2008, 2009 e 2010, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil, e, quanto à multa eleitoral de 2009, com fulcro no artigo 618, inciso I, do Estatuto Processual Civil (fl. 20). Opostos embargos de declaração (fls. 22/28), os quais restaram rejeitados (fls. 29/30).

Aduz, às fls. 32/44, que:

a) o apelante é autarquia federal de fiscalização profissional, promoveu ação de execução fiscal contra o apelado com o fim de receber tributo de interesse da categoria profissional, referente às anuidades de 2008, 2009 e 2010 e multa eleitoral do ano de 2009, uma vez que restou infrutífera a cobrança na esfera administrativa

b) não pode ser tolhido de seu direito de cobrar o que lhe é devido. O magistrado não pode sentenciar para determinar o indeferimento da petição inicial por suposta perda superveniente do interesse de agir, o qual é uma das condições da ação e se encontra presente no caso;

c) o juiz não pode fundamentar no artigo 8º da Lei nº 12.514/11 e afetar o direito adquirido, líquido e certo de cobrar o montante devido, dado que o valor cobrado é superior ao estabelecido no referido dispositivo legal;

d) a multa eleitoral não é tributo e constitui dívida ativa não tributária para efeito de cobrança judicial, conforme o artigo 39 da Lei nº 4.320/64. O corretor inscrito deveria ter votado na eleição ou justificado a ausência, sob pena de ser aplicada a multa

Sem contrarrazões, os autos foram remetidos a este tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

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

I - Dos fatos

Execução fiscal proposta pelo *Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 2ª Região em São Paulo- CRECI/SP*, em 27.02.2013, para a cobrança das anuidades referentes aos anos de 2008, 2009 e 2010 e multa eleitoral de 2009.

O juízo *a quo* extinguiu a execução quanto às cobranças das anuidades de 2008, 2009 e 2010, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil e, quanto à multa eleitoral de 2009, com fulcro no artigo 618, inciso I, do Estatuto Pro-

cessual Civil (fl. 20). Opostos embargos de declaração (fls. 22/28), os quais restaram rejeitados (fls. 29/30).

II - *Do valor mínimo da anuidade prevista no artigo 8º da Lei nº 12.514/11*

O entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no que concerne ao artigo 8º da Lei nº 12.514/11, é de que não se executa débito cujo *valor, incluídos os juros, multa e correção monetária*, corresponda a menos de *4 vezes o do cobrado anualmente do inadimplente*, conforme se observa do posicionamento do Ministro Og Fernandes na votação do Recurso Especial nº 1.468.126/PR, *verbis*:

Quanto ao mérito, tem-se que a controvérsia travada nos presentes autos cinge-se à possibilidade de se considerar, para fins de aplicação do art. 8º da Lei nº 12.514/11 (“Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente”), o valor correspondente a 4 anuidades no ano do ajuizamento, computando-se, inclusive, as multas, juros e correção monetária; e não apenas a quantidade de parcelas em atraso.

Inicialmente, registre-se que a Primeira Seção, por ocasião do julgamento do REsp 1.404.796/SP/SP (Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 9/4/2014), submetido ao rito do art. 543-C do CPC, pacificou o entendimento de que a norma constante do art. 8º da Lei nº 12.514/11 tem natureza processual e, por essa razão, aplica-se apenas às execuções propostas após a vigência desse dispositivo, situação idêntica à dos autos.

(...)

Desse modo, como a Lei nº 12.514/11 entrou em vigor na data de sua publicação (31/10/2011) e a execução fiscal em análise foi ajuizada em 20/12/2013, este ato processual (de propositura da demanda) pode ser atingido por nova lei que impõe limitação de valor para o ajuizamento da execução fiscal.

Dito isso, tem-se que a interpretação que melhor se confere ao referido artigo é no sentido de que o processamento da execução fiscal fica desautorizado somente quando os débitos exequendos correspondam a menos de *4 vezes o valor* cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente, tomando-se como parâmetro para definir este piso o valor da anuidade referente ao ano de ajuizamento, bem como os encargos legais (multa, juros e correção monetária).

Isso porque, não obstante o legislador tenha feito referência à quantidade de quatro anuidades, a real intenção foi prestigiar *o valor* em si do montante exequendo, pois, se de baixo aporte, eventual execução judicial seria ineficaz, já que dispendioso o processo judicial.

Desse modo, na hipótese de haver apenas uma, duas ou três anuidades atrasadas, a execução fiscal será perfeitamente possível, se os valores correspondentes (incluindo multa, juros e correção monetária) forem iguais ou superiores ao valor de 4 anuidades, tomando-se como base o valor da contribuição estabelecido para o ano de ajuizamento da ação.

Cabe esclarecer, por oportuno, que a inclusão das multas, juros e correção monetária no cômputo do valor exequendo deriva da própria disposição do art. 8º da Lei nº 12.514/11, quando adota como parâmetro *o valor das dívidas* da pessoa física ou jurídica.

Ora, a consideração deve ser no sentido de que a dívida de uma pessoa que não cumpre obrigação pecuniária a tempo e modo corresponde não apenas ao principal, mas a este, acrescido dos encargos legais (multa, juros e correção monetária). Entender de modo diverso seria afastar a real intenção do legislador, qual seja, a de prestigiar o valor da dívida, e não a quantidade de anuidades em atraso.

A interpretação, portanto, que o Superior Tribunal de Justiça faz do dispositivo em comento é de que o legislador escolheu como parâmetro *o valor, não o número de quatro anuidades*, de modo a que se observe se o total do débito, ou seja, acrescido dos encargos, supera o

de quatro anuidades. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO PROFISSIONAL. ANUIDADE. LEI 12.514/11. VALOR SUPERIOR A QUATRO VEZES AO COBRADO ANUALMENTE. PROSSEGUIMENTO DO FEITO.

1. O art. 8º da Lei 12.514/2011 dispõe: “Os conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente”.

2. O valor exequendo ultrapassa o montante de quatro vezes a anuidade cobrada das pessoas jurídicas do porte da executada.

3. Recurso Especial provido. (REsp nº 1.488.203-PR (2014/0265385-6), Relator Ministro Herman Benjamin, Data do Julgamento 20.11.2014)

In casu, verifica-se que o conselho ajuizou, em 29.02.2013, execução fiscal para cobrar anuidades vencidas no aporte de R\$ 2.003,17 (dois mil e três reais e dezessete centavos), incluídos os encargos legais (multa, juros e correção monetária), além da multa eleitoral no valor atualizado de R\$ 598,57, de modo que o valor da causa montava R\$ 2.601,74.

Destarte, na linha da orientação da corte superior, para fins de aplicação do artigo 8º da Lei nº 12.514/11, deve-se verificar o valor das anuidades no ano do ajuizamento da execução fiscal que, *no caso dos autos, era de R\$ 722,62 em 2008, R\$ 671,31 em 2009 e R\$ 609,24 em 2010 (fls. 10, 11 e 12), cuja soma totaliza R\$ 2.003,17*. Logo, não obstante serem cobradas três anuidades, o quantum exequendo (R\$ 2.601,74), incluídos os consectários, supera o do limite legal (R\$ 1.824,00 = quatro anuidades), independentemente do valor da multa eleitoral.

III - Da multa eleitoral

No que concerne à multa eleitoral, é cabível, em princípio, a teor do artigo 4º do Decreto-Lei nº 1.040/69, com redação dada pela Lei nº 5.730/71, que assim dispõe:

Art. 4º. Os membros dos Conselhos Regionais de Contabilidade e os respectivos suplentes serão eleitos pelo sistema de eleição direta, através de voto pessoal, secreto e obrigatório, aplicando-se pena de multa em importância correspondente a até o valor da anuidade, ao contabilista que deixar de votar sem causa justificada. (Redação dada pela Lei nº 5.730, de 1971)

Assim, se a inadimplência do profissional é causa impeditiva ou não para a aplicação da multa é questão que diz respeito ao mérito, de modo que não configura vício do título passível de declaração de ofício.

Ante o exposto, dou provimento à apelação, a fim de reformar a sentença extintiva e determinar o regular prosseguimento da execução fiscal, com relação às anuidades de 2008, 2009 e 2010 e à multa eleitoral de 2009.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0003416-63.2014.4.03.0000

(2014.03.00.003416-0)

Agravante: FRATERNO DE MELO ALMADA JUNIOR
Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relator: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA GISELLE FRANÇA
Classe do Processo: AI 525263
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/08/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO. CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL. POSSIBILIDADE.

- A responsabilidade exclusiva do tabelião reflete-se no campo tributário, em que toda tributação da atividade registral é realizada via inscrição do titular no CPF. A inscrição da serventia no CNPJ é utilizada exclusivamente para fins trabalhistas. Soluções de Consulta nº 231, de 30 de agosto de 2012, e nº 23, de 3 de fevereiro de 2009.

- Não há plausibilidade da alegação de impenhorabilidade. De fato, todo rendimento da serventia opera-se no CPF da pessoa física titular. Não há que se falar em atividade remunerada, mas sim em renda auferida diretamente da prestação de serviços cartorários. Precedente desta Turma: *AI 00034174820144030000, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 21/08/2015.*

- No caso, a decisão agravada expressamente consignou a insuficiência de bens penhoráveis, e a magnitude do faturamento mensal da agravante. Não apenas é cabível, como recomendável, no presente caso concreto, a penhora sobre faturamento.

- Não há desproporcionalidade na manutenção da penhora no percentual mensal total de 9%, ou seja, no valor bruto, sem os descontos pretendidos pela agravante.

- Agravo de instrumento improvido. Agravo legal da agravante parcialmente conhecido e improvido. Agravo legal da União prejudicado.

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, conhecer em parte do agravo legal da agravante para negar-lhe provimento e julgar prejudicado o agravo legal da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de julho de 2016.

Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA (Relatora):

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão que, em execução fiscal,

determinou a penhora do faturamento mensal da serventia de titularidade do agravante, no montante de 9% de sua renda bruta mensal.

Argumenta-se com a impenhorabilidade da receita da serventia, pois corresponde ao vencimento do agravante, na forma do artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil/1973. Subsidiariamente, pretende-se que a penhora incida sobre a receita líquida, após abatimento de tributos, e no percentual de 5%.

Foi deferido parcialmente o efeito suspensivo, para fixar a penhora em 5% do faturamento (fls. 77/78).

A União interpôs agravo legal em que aponta, em preliminar, supressão de instância, pois o pedido de redução deveria ter sido apresentado primeiro ao juízo de origem. No mérito, pugna pelo improvimento do recurso.

Embargos de declaração da agravante rejeitados a fls. 110/111. A agravante interpôs agravo legal (fls. 114/121), em que reitera a impossibilidade da constrição, pois a dívida executada refere-se à pessoa física do agravante e não à serventia de sua titularidade. Assim, reitera que o faturamento possui natureza de vencimento e é, portanto, impenhorável. Afirma, mais, que houve determinação de penhora sobre o faturamento da serventia em outras execuções pendentes contra o agravante, de forma que a constrição hoje totaliza 39% do faturamento da serventia, o que reputa excessivo e prejudicial à saúde financeira da atividade.

Diante do julgamento dos declaratórios, a União reiterou o agravo legal (fls. 124/141).

A fls. 144/145, houve reconsideração da decisão de fls. 77/78, restando indeferido o efeito suspensivo pleiteado.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA (Relatora):

Diante da reconsideração da decisão de fls. 77/78, houve perda de objeto do agravo legal da União, que fica prejudicado.

Com relação ao agravo legal do agravante, inicialmente, não conheço da questão atinente à excessiva onerosidade, em razão da existência de penhoras sobre o faturamento em outras execuções fiscais. Tal matéria deveria ter sido abordada em recurso próprio, interposto pela agravante por ocasião da decisão que determinou o processamento conjunto das execuções (cópia a fls. 122). A dedução de tal argumento por ocasião dos embargos declaratórios - e sua reiteração em sede de agravo legal - é intempestiva e, mais, inoportuna, pois formulada após a estabilização da demanda, que se deu com a intimação da União (fls. 90).

Acresça-se, que tal alegação de excessiva onerosidade não foi submetida ao Juízo de origem, de forma que sua análise, nessa instância, configuraria supressão de instância.

Por se tratar de matéria de ordem pública, afasto a preliminar levantada pela União em seu agravo legal. A determinação de penhora sobre faturamento consta de decisão interlocutória, passível de revisão por esta Corte em sede de agravo de instrumento. Nada impede a revisão do percentual de penhora, pelo Tribunal, desde que leve em consideração os mesmos fatos ponderados pelo Magistrado na sua decisão. Apenas em caso de fatos novos (como a união das execuções), deve-se devolver o exame ao juízo de origem.

Passo ao exame do mérito.

A Constituição Federal:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. (Regulamento)

§ 1º. Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º. Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º. O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Vê-se que a atividade é exercida pelo notário em caráter privado, sendo por ele assumidos todos os riscos decorrentes, conforme dispõe a norma regulamentar, Lei nº 8.935/94:

Art. 21. O gerenciamento administrativo e financeiro dos serviços notariais e de registro é da *responsabilidade exclusiva do respectivo titular*, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, investimento e pessoal, cabendo-lhe estabelecer normas, condições e obrigações relativas à atribuição de funções e de remuneração de seus prepostos de modo a obter a melhor qualidade na prestação dos serviços.

Art. 22. Os notários e oficiais de registro são *civilmente responsáveis* por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso. (Redação dada pela Lei nº 13.286, de 2016).

A responsabilidade exclusiva reflete-se no campo tributário, em que toda tributação da atividade registral é realizada via inscrição do titular no CPF. A inscrição da serventia no CNPJ é utilizada exclusivamente para fins trabalhistas. Nesse sentido, as orientações normativas da Fazenda Nacional:

Solução de Consulta 231, de 30 de agosto de 2012 (DOU de 25 de setembro de 2012) - Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF. RENDIMENTOS. CARTÓRIO. TRIBUTAÇÃO NA PESSOA FÍSICA DO TITULAR. Os rendimentos oriundos dos serviços notariais e cartoriais a que se refere o art. 236 da Constituição Federal serão tributados mensalmente pelo imposto de renda na pessoa física do titular do cartório, sujeitando-se ao recolhimento do carnê-leão na forma da legislação em vigor. Os valores dos títulos liquidados em cartório, por não constituírem rendimentos de serviços dos cartórios, não devem ser escriturados no livro caixa, assim como seus repasses aos respectivos credores não constituem despesas dedutíveis. Dispositivos Legais: Lei nº 7.713, de 1988, art. 11; Regulamento do Imposto de Renda - RIR/1999 (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999), arts. 75, 106 e 109.

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 23 de 03 de Fevereiro de 2009. ASSUNTO: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF EMENTA: RENDIMENTOS. CARTÓRIO. TRIBUTAÇÃO NA PESSOA FÍSICA DO TITULAR. Os rendimentos oriundos dos serviços notariais e cartoriais serão tributados mensalmente pelo imposto de renda na pessoa física do titular do cartório, sujeitando-se ao recolhimento do carnê-leão na forma da legislação em vigor. A tributação dos rendimentos auferidos pelos notários e oficiais de registro opera-se na pessoa física do titular ainda que o cartório esteja obrigado à inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica

(CNPJ). Na hipótese de intervenção do Poder Público na atividade exercida pelos tabeliães e notários, com a instauração de processo administrativo, o afastamento do titular do cartório e a designação de interventor, apenas a parcela que for efetivamente paga ou creditada ao beneficiário sujeitar-se-á à incidência do imposto de renda. O Livro Caixa e os documentos comprobatórios das receitas e despesas do cartório permanecerão à disposição do Fisco no local de funcionamento do cartório, exceto se outra cautela for adotada em razão do resultado da apuração administrativa.

Nesse quadro, não há plausibilidade da alegação de impenhorabilidade. De fato, todo rendimento da serventia opera-se no CPF da pessoa física titular. Não há que se falar em atividade remunerada, mas sim em renda auferida diretamente da prestação de serviços cartorários.

Precedente desta Turma:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE PERCENTUAL DE FATURAMENTO MENSAL DA SERVENTIA EXTRAJUDICIAL (REGISTRO DE IMÓVEIS). RESPONSABILIDADE PESSOAL DO REGISTRÁRIO. ARTIGOS 3º E 22 DA LEI Nº 8.935/94. EXTREMA ONEROSIDADE DA CONSTRIÇÃO. QUESTÃO A SER APRECIADA PELO JUÍZO A QUO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Nos termos do artigo 236 da Constituição Federal os serviços notariais e registrários têm natureza de atividade estatal que pode ser delegada a terceiros, que as assumem após concurso público; tabelionatos e cartórios dos registros públicos não têm intrínseco caráter de empresa e nem personalidade jurídica, de modo que os responsáveis por eles - tabelião, notário, oficial registrário - respondem pessoalmente pelos encargos, como, aliás, dimana dos arts. 3º e 22 da Lei nº 8.935/94.

2. *É evidente que o registrário ou notário é o único gestor da serventia que lhe foi atribuída após o concurso público disputado, e por isso mesmo ele responde pessoalmente pelos encargos decorrentes da atividade que aceitou executar. Nesse panorama, nem de longe se pode safar de responsabilidade tributária o tabelião, notário ou registrador relapso, à conta da impenhorabilidade dos rendimentos da serventia. Não fosse assim, estaria escancarado um cenário onde a fraude poderia vicejar com vigor.*

3. A questão acerca da extrema onerosidade da constrição, tal como ordenada, refoge ao âmbito de conhecimento possível em sede de agravo de instrumento, sendo de todo impertinente a abertura de fase instrutória para estipulação de percentual que, ao sentir da parte agravante, permitiria a manutenção das atividades do Cartório. Assim, convém que os pedidos de incidência da penhora sobre a renda líquida e de redução do percentual sejam primeiramente objeto de deliberação junto ao Juízo “a quo”.

4. Agravo de instrumento parcialmente conhecido e improvido.

(TRF3, AI 00034174820144030000, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 21/08/2015).

Com relação ao cabimento da penhora sobre faturamento, acompanho a jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de sua possibilidade, excepcionalmente, e à luz das circunstâncias fáticas:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REFORÇO DE PENHORA. PENHORA SOBRE FATURAMENTO. EXCEPCIONALIDADE. REQUISITOS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, é possível a penhora recair, em caráter excepcional, sobre o faturamento da empresa desde que observadas, cumulativamente, as condições previstas na legislação processual (art. 655-A, § 3º, do CPC) e desde que o percentual fixado não torne inviável o exercício da atividade empresarial.

2. O Tribunal de origem, com base no conjunto fático dos autos, concluiu que não estão presentes os seguintes requisitos para a medida excepcional: a) comprovação de que inexistem bens penhoráveis e, principalmente, de que o indicado (máquina injetora) seja de difícil alienação e b) comprovação de que a penhora e a alienação do imóvel do estabelecimento comercial seja mais prejudicial às atividades da empresa do que o despojamento de parte do seu faturamento “lhe causará sérias dificuldades para realizar pagamentos de fornecedores e, o que é pior, salários de seus funcionários e também impostos e demais encargos.”

3. A pretensão do agravante, em sentido contrário às conclusões do aresto, demanda necessariamente o reexame de fatos e provas, o que é vedado ao STJ, em recurso especial, por esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 757.523/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 24/09/2015).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE FATURAMENTO. REDUÇÃO DO PERCENTUAL. ACÓRDÃO QUE REGISTROU O CABIMENTO DA MEDIDA, EM VISTA DO RISCO DE INVIABILIZAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A penhora sobre o faturamento de uma empresa é medida excepcional que requer, para sua imposição, a observância a certos requisitos: que o devedor não possua bens ou, se os possuir, que sejam de difícil execução ou insuficientes a saldar o crédito demandado; que seja nomeado administrador e que se apresente plano de pagamento; e que o percentual fixado sobre o faturamento não inviabilize o exercício da atividade empresarial.

2. Consignado que o percentual inicialmente fixado a título de constrição (10%) representaria ônus excessivo à devedora, havendo, portanto, risco de restar inviabilizada a atividade empresarial, fica impossibilitada a revisão pretendida, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

3. “A discussão acerca da inviabilização das atividades da empresa pela constrição de eventuais valores e da moderação do percentual fixado para penhora, reclama o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado em sede de recurso especial, ante o disposto na Súmula nº 7/STJ. Precedentes.” (AgRg no AREsp 594641/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 27/5/2015).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 790.752/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 14/12/2015).

No caso, a decisão agravada expressamente consignou a insuficiência de bens penhoráveis, e a magnitude do faturamento mensal da agravante. Não apenas é cabível, como recomendável, no presente caso concreto, a penhora sobre faturamento.

A penhora, no entanto, deve ser limitada a percentual razoável do faturamento, para atender aos interesses de credor e devedor, pois a empresa continuará a realizar as suas atividades, com a perspectiva do gradual pagamento do débito executado.

As informações prestadas pelo agravante em suas declarações anuais de imposto de renda dos anos-calendário 2010 a 2012 (fls. 31/33) indicam faturamento mensal aproximado de um milhão de reais. Não há desproporcionalidade na manutenção da penhora no percentual mensal total de 9%, ou seja, no *valor bruto*, sem os descontos pretendidos pela agravante.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento e ao agravo legal do agravante, na parte conhecida. Agravo legal da União prejudicado.

É o voto.

Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0013025-36.2015.4.03.0000

(2015.03.00.013025-5)

Agravante: LUIZ ALBERTO GIGLIOTTI
Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Parte Ré: ESPORTE CLUBE XV DE NOVEMBRO DE JAÚ E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JAÚ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO
Classe do Processo: AI 559407
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/07/2016

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL PROPOSTA DIRETAMENTE CONTRA OS SÓCIOS. ART. 13 DA LEI Nº 8.620/93. INCONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DAS HIPÓTESES DO ART. 135, III, DO CTN. ILEGITIMIDADE RECONHECIDA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE, NA PARTE CONHECIDA RECURSO PROVIDO.

- Com fulcro no art. 13 da Lei nº 8.620/93, era possível a responsabilização solidária dos sócios pelos débitos da empresa junto à Seguridade Social. Contudo, a partir da declaração de inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei nº 8.620/93, conforme o RE nº 562.276/RS, apreciado sob o regime da repercussão geral (art. 543-B do Código de Processo Civil), para a responsabilização do sócio pelo inadimplemento de débitos contraídos pela empresa executada, não basta que seu nome conste do título executivo, cabendo ao Fisco demonstrar a presença de um dos requisitos do artigo 135 do Código Tributário Nacional.

- Recurso conhecido em parte; na parte conhecida, recurso 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, conhecer em parte do agravo de instrumento e, na parte conhecida, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de junho de 2016.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto por LUIZ ALBERTO GIGLIOTTI contra decisão que, em sede de execução fiscal que move a Fazenda Pública em face do Esporte Clube XV de Novembro de Jaú e outros, que rejeitou a exceção de pré-executividade, mantendo o co-

executado, ora agravante, no polo passivo da execução fiscal.

Pugna o agravante por sua exclusão do polo passivo das execuções fiscais de nº 0002646-67.2005.4.03.6117, 0002645-82.2005.4.03.6117, 0002643-15.2005.4.03.6117, 0002612-29.2004.4.03.6117 e 0002839-53.2003.403.6117.

Foi apresentada contraminuta pela agravada.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

De início, não conheço do pedido de exclusão do agravante das execuções fiscais de nº 0002612-29.2004.4.03.6117 e 0002645-82.2005.4.03.6117, uma vez que essas ações foram extintas por sentença com resolução de mérito em decorrência do pagamento.

Passo ao exame do pedido em relação as demais execuções fiscais:

Se é certo que as contribuições sociais constituem espécie tributária e, em razão disso, se submetem, no que couber, ao CTN, também é certo que, conforme o ordenamento jurídico, as pessoas jurídicas possuem personalidade diversa da dos seus membros, sendo sujeito de direitos e obrigações.

Em razão disso, o mero inadimplemento ou a inexistência de bens para garantir a execução não são suficientes para estender a responsabilidade da empresa à pessoa do sócio.

Anoto que, antes, com fulcro no art. 13 da Lei nº 8.620/93, era possível a responsabilização solidária dos sócios pelos débitos da empresa junto à Seguridade Social. Contudo, a partir da declaração de inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei nº 8.620/93, conforme o RE nº 562.276/RS, apreciado sob o regime da repercussão geral (art. 543-B do Código de Processo Civil), para a responsabilização do sócio pelo inadimplemento de débitos contraídos pela empresa executada, não basta que seu nome conste do título executivo, cabendo ao Fisco demonstrar a presença de um dos requisitos do artigo 135 do Código Tributário Nacional. E, não modulados seus efeitos, presume-se a inconstitucionalidade “ex tunc”.

Pois bem. Nos termos do art. 135, do CTN, ocorre a desconsideração da pessoa jurídica, respondendo os sócios pessoalmente pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos

praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - (...)

II - (...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Também ocorre a desconsideração da pessoa jurídica no caso de dissolução irregular da empresa, que, configurando infração à lei, dá ensejo ao redirecionamento para o sócio. É o entendimento sumulado pelo STJ:

Sumula 435, STJ. 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.

Deve, ainda, haver contemporaneidade da gerência da sociedade ou de qualquer ato de gestão vinculado ao fato gerador para redirecionamento a pessoa do sócio, não sendo legítima sua inclusão se admitido depois na sociedade ou dela se retirou antes da sua ocorrência, competindo à parte exequente o ônus de comprovar a ocorrência dos pressupostos autorizadores do art. 135, do CTN.

Nesse sentido, cito o seguinte precedente:

EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL NÃO REDIRECIONADA. INOCORRÊNCIA DE CITAÇÃO DOS SÓCIOS. NÃO CONFIGURAÇÃO DAS HIPÓTESES DO ARTIGO 135, INCISO III, DO CPC. CONSTRIÇÃO DE BENS PARTICULARES. INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA.

1. A citação da empresa DOBARRIL COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA foi efetiva em nome de seu representante legal, e conforme certificado em apenso, a penhora deixou de ser efetivada por não haver bens, e, após acostada a declaração de rendimentos da empresa, exercício de 1.984, a exequente peticionou ressaltando a condição de sócio dos embargantes, e a existência de bens penhoráveis em nome deles, pleiteando, assim, a constrição judicial dos mesmos, que culminou com as penhoras de fls. 118 e 130 do apenso.

2. As constrições citadas foram levadas a efeito apenas e tão-somente pela mera condição dos embargantes de sócios da empresa nos períodos de apuração do IPI a que se referem as CDA's, de cuja sociedade só se retiraram, contrariamente ao alegado nos embargos, em 30/01/1.985, conforme arquivamento perante a JUCESP da alteração contratual da empresa.

3. É cediço em nossas Cortes, entretanto, que esse fato per se não autoriza a responsabilização de terceiros pela dívida da sociedade, só admitida na hipótese desta última ter sido dissolvida irregularmente, sem deixar informações acerca de sua localização e situação, e de terem aqueles, os terceiros, à época do fato gerador da exação, poderes de gerência e agido com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto, cujos fatos constituem-se em ônus da exequente, e, afora esses pressupostos, faz-se necessário ainda que o credor fazendário pleiteie expressamente nos autos o redirecionamento da execução aos sócios, ou mesmo a inclusão destes no pólo passivo, e que sejam citados regularmente para o processo, e, na hipótese, a execução fiscal não foi redirecionada nem os embargantes citados como responsáveis tributários, tendo os bens constritos, portanto, indevidamente. Precedentes (STJ, AGRESP nº 536531/RS, SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 03/03/2005, DJ DATA:25/04/2005, p. 281, Relator (a) Min. ELIANA CALMON; STJ, AGA nº 646190/RS, PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 17/03/2005, DJ DATA:04/04/2005, p. 202, Relator (a) Min. DENISE ARRUDA; TRF 3ª REGIÃO, AG nº 193707/SP, SEXTA TURMA, Data da decisão: 16/02/2005, DJU DATA:11/03/2005, p. 328, Relator Juiz MAIRAN MAIA).

4. Procedente o inconformismo dos terceiros apelantes, pelo que devem as penhoras citadas serem desconstituídas, e diante da sucumbência da Fazenda Nacional, condeno-a nas custas em reembolso, e no pagamento de verba honorária, esta fixada em R\$ 1.200,00, nos termos do artigo 20, §4º, do CPC, em conformidade com entendimento desta Corte. 5. Apelação provida. (AC 00169363819924039999, DESEMBARGADOR FEDERAL LAZARANO NETO, TRF3 - SEXTA TURMA, DJU DATA:10/02/2006 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

De outra parte, não se exige prova cabal dos pressupostos para fins de redirecionamento, bastando prova indiciária, sem prejuízo de o interessado exercer a ampla defesa pela via de embargos à execução ou por simples petição nos autos da execução, pela via da exceção de

pré-executividade, nos casos em que as alegações não dependam de dilação probatória. É a orientação do Supremo Tribunal Federal:

EXECUÇÃO FISCAL. LEGITIMAÇÃO PASSIVA.

- AS PESSOAS REFERIDAS NO INCISO III DO ARTIGO 135 DO CTN SÃO SUJEITOS PASSIVOS DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, NA QUALIDADE DE RESPONSÁVEIS POR SUBSTITUIÇÃO, E, ASSIM SENDO, APLICA-SE-LHES O DISPOSTO NO ARTIGO 568, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, APESAR DE SEUS NOMES NÃO CONSTAREM NO TÍTULO EXTRAJUDICIAL.

- ASSIM, PODEM SER CITADAS E TER SEUS BENS PENHORADOS INDEPENDENTEMENTE DE PROCESSO JUDICIAL PREVIO PARA A VERIFICAÇÃO DA OCORRÊNCIA INEQUIVOCA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DE FATO ALUDIDAS NO ARTIGO 135, "CAPUT", DO C.T.N., MATÉRIA ESSA QUE, NO ENTANTO, PODERÁ SER DISCUTIDA, AMPLAMENTE, EM EMBARGOS DE EXECUTADO (ART. 745, PARTE FINAL, DO C.P.C.).

- RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

(STF, RE 99551, Relator Ministro Francisco Rezek)

Também, tratando-se de hipótese de dissolução irregular não basta a mera devolução do aviso de recebimento, mas resta suficiente para responsabilizar os sócios a certidão do oficial de justiça, a qual goza de fé pública, só ilidida por prova em contrário. A respeito, cito o seguinte precedente:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO-GERENTE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. CDA. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA.

A inclusão dos sócios no polo passivo da execução fiscal é, em tese, legítima nas hipóteses de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do artigo 135, III, do CTN; e de dissolução irregular da sociedade, cabendo à Fazenda a prova de tais condutas. A dissolução irregular é caracterizada pelo encerramento das atividades da sociedade em seu domicílio fiscal sem comunicação e formalização de distrato perante os órgãos competentes, conforme Súmula 435 do E. Superior Tribunal de Justiça. A simples devolução do aviso de recebimento - AR - não é indício suficiente de dissolução irregular, sendo necessária a diligência de Oficial de Justiça (AgRg no REsp 1129484/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 16/03/2010, DJe 26/03/2010, EDcl no REsp 703.073/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 02/02/2010, DJe 18/02/2010). A sócia administrava a empresa ao tempo da ocorrência do fato imponible e da dissolução irregular, de modo que responde pelo crédito tributário constituído que ampara a execução. Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, a constituição do crédito se dá com a entrega da declaração pelo sujeito passivo, independentemente de qualquer atuação por parte do Fisco, nos moldes do art. 150 do Código Tributário Nacional. O Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento no sentido de que o redirecionamento da execução contra o sócio deve ocorrer no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica, sob pena de operar-se a prescrição. Precedentes do C. STJ. Não basta apenas que tenha decorrido o prazo de cinco anos contados da citação da devedora executada (pessoa jurídica) para configuração da prescrição intercorrente para o redirecionamento da execução em face do sócio, mas, imprescindível, que também ocorra inércia da exequente. A teor da interpretação dada pelo E. STJ ao disposto no art. 174, parágrafo único, do CTN, c.c. o art. 219, § 1º, do CPC, antes das alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, o marco interruptivo atinente à citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo. A certidão da dívida ativa é documento suficiente para embasar e comprovar o título executivo fiscal, devendo por consequência, estar formalmente correta. Deriva dessa certidão uma presunção de liquidez e certeza e exigibilidade da dívida inscrita, cumprindo ao embar-

gante desfazer essa presunção. Apelação improvida. (AC 00012338220064036117, DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/03/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Por fim, a Fazenda Pública tem o prazo de cinco anos, contados da constituição definitiva do crédito tributário, para cobrar judicialmente o débito, o qual, diversamente do que ocorre com os prazos decadenciais, pode ser interrompido ou suspenso.

Sendo hipóteses de interrupção, que dão ensejo à recontagem pelo prazo integral, as previstas no art. 174, parágrafo único, do CTN, destaco que, conforme sua redação original a prescrição seria interrompida com a citação pessoal do devedor. Contudo, com a modificação trazida pela LC 118/05, a prescrição passou a ser interrompida pelo despacho do juiz que ordenar a citação.

Portanto, ajuizada a execução fiscal, interrompida a prescrição pela citação (art. 174, I, do CTN, na redação original) ou, atualmente, pelo despacho que ordenou o ato, caso o processo tenha ficado paralisado por mais de cinco anos, não cabe o redirecionamento para a pessoa do sócio, pela ocorrência da prescrição intercorrente. É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL - REEXAME DE PROVAS - PREQUESTIONAMENTO AUSENTE - INADMISSIBILIDADE.

1. É inadmissível o recurso especial quanto a questão não decidida pelo Tribunal de origem, apesar da oposição de embargos de declaração, dada a ausência de prequestionamento.
2. De igual maneira, não se admite o recurso especial se o exame da pretensão da parte recorrente demanda o reexame de provas.
3. Inteligência das Súmulas 211 e 07/STJ, respectivamente.
4. A Primeira Seção do STJ pacificou entendimento no sentido de que a citação válida da pessoa jurídica executada interrompe o curso do prazo prescricional em relação ao seu sócio-gerente. Todavia, na hipótese de redirecionamento da execução fiscal, a citação dos sócios deverá ser realizada até cinco anos a contar da citação da empresa executada, sob pena de se consumir a prescrição.
5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido, para acolher a prejudicial de prescrição. Invertido o ônus da sucumbência.

(REsp 1100777/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 04/05/2009)

Contudo, não basta o transcurso do quinquídio legal entre a citação da pessoa jurídica e a citação do sócio responsabilizado para caracterizar a ocorrência da prescrição, não podendo a parte exequente ser penalizada se não configurada sua desídia na pretensão. A respeito do tema, confira-se o seguinte precedente:

EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - INÉRCIA DA FAZENDA PÚBLICA - NÃO-COMPROVAÇÃO.

1. Para caracterizar a prescrição intercorrente não basta que tenha transcorrido o quinquídio legal entre a citação da pessoa jurídica e a citação do sócio responsabilizado. Faz-se necessário que o processo executivo tenha ficado paralisado por mais de cinco anos por desídia da exequente, fato não demonstrado no processo.

(...)

(STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp nº 996480/SP, Rel. Min. Humberto Martins, j. 07.10.2008, v.u., Dje 26.11.2008)

Do caso em exame

Na hipótese em tela, a documentação dos autos (fls. 19 e 59) aponta que a execução foi promovida, desde o início, contra o Clube e os sócios/diretores, como responsáveis solidários.

Pois bem. Anote-se que, no caso de responsabilidade dos sócios-gerentes de pessoa jurídica (CTN, artigo 121, § único, inciso II c.c. artigo 135, inciso III), a qual é subsidiária, está assentado na jurisprudência que somente é possível a execução inicial contra o contribuinte (a pessoa jurídica), que é o devedor principal, somente sendo permitido o redirecionamento da execução para a pessoa dos sócios/administradores se evidenciada nos autos, pela Exequente, a responsabilidade nos termos do artigo 135, III, do CTN, dentre as quais a hipótese de dissolução irregular da empresa.

E, neste contexto de responsabilidade subsidiária, regula a questão da prescrição também o artigo 125, III, do CTN, segundo o qual "... são efeitos da solidariedade: III - a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica aos demais."

Ocorre que a inclusão do sócio no polo passivo da execução fiscal *sub judice*, já desde o início, não atendeu aos ditames legais, pois não se demonstrou a situação de responsabilização subsidiária, ou seja, não se demonstrou qualquer situação de prática das suas atividades de gestão da empresa com excesso de poderes ou de modo contrário à lei, contrato social ou estatutos, nem se evidenciou a hipótese de dissolução irregular da empresa; ainda que se tratasse de empresa submetida a processo de falência/liquidação, também é pacífico que a falência é o modo legal de dissolução regular da empresa, não se justificando o redirecionamento da execução, salvo se ficasse evidenciada prática de má gestão configuradora de ilícito ensejador de responsabilidade tributária subsidiária.

Nesse sentido jurisprudência pacífica do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. FALÊNCIA DA EMPRESA/EXECUTADA. REDIRECIONAMENTO CONTRA OS SÓCIOS E O ESPÓLIO DO SÓCIO-GERENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que os sócios só respondem pelo não recolhimento de tributo quando a Fazenda Pública demonstrar que agiram com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, ou ainda na hipótese de dissolução irregular da empresa, não sendo este o caso da falência.

2. Ressalta-se que "a falência não configura modo irregular de dissolução de sociedade, pois, além de estar prevista legalmente, consiste numa faculdade estabelecida em favor do comerciante impossibilitado de honrar compromissos assumidos. (...) Com a quebra, a massa falida responde pelas obrigações a cargo da pessoa jurídica até o encerramento da falência, só estando autorizado o redirecionamento da execução fiscal caso fique demonstrada a prática pelo sócio de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou de infração a lei, contrato social ou estatutos" (AgRg no AREsp nº128.924/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 03/09/2012).

3. O Tribunal de origem prestou jurisdição completa, tendo em vista que analisou de maneira suficiente e fundamentada a questão controvertida. Não se justifica o provimento do recurso especial por deficiência na prestação jurisdicional, sem que tenha havido omissão acerca de fato relevante ou prova contundente de dissolução irregular em período anterior à falência.

4. Agravo regimental desprovido.

(STJ, 1ª Turma, unânime. AGARESP 201401005989, AGARESP 509605. Rel. MARGA TESLER (JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DO TRF 4ª REGIÃO). DJE 28/05/2015. Julgado em 21/05/2015)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. INADIMPLENTO DA OBRIGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FALÊNCIA.

1. A alegação genérica de violação do art. 535 do Código de Processo Civil sem explicitar os pontos em que teria sido omissa o acórdão recorrido atrai a aplicação do disposto na Súmula 284/STF.

2. O redirecionamento da Execução Fiscal para o sócio-gerente da empresa é cabível apenas quando demonstrado que agiu ele com excesso de poderes, infração à lei ou ao estatuto, ou no caso de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias.

3. A decretação de falência não autoriza o redirecionamento da execução fiscal. Agravo regimental improvido.

(STJ, 2ª Turma, unânime. AGRESP 201200494698, AGRESP 1308982. Rel. Min. HUMBERTO MARTINS. DJE 21/05/2012. Julgado em 15/05/2012)

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO LEGAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DOS SÓCIOS. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. OPOSIÇÕES SUCESSIVAS. PRECLUSÃO. TUMULTO PROCESSUAL. VIOLAÇÃO EVIDENTE DE DIREITO.

1. Embora a questão atinente à legitimidade passiva *ad causam* seja matéria de ordem pública e possa ser arguida a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, isso não quer dizer que ela possa ser alegada a todo o momento irrestritamente, mesmo após decisão transitada em julgado, sob pena de se criar verdadeiro tumulto processual.

2. Ainda que se considere que as matérias de ordem pública não se sujeitam à preclusão ou mesmo à coisa julgada, certo é que também não podem servir de instrumento para impedir o bom desenrolar do processo e muito menos a abalar a segurança jurídica.

3. Note-se que a alegação irrestrita de matérias de ordem pública pode acabar gerando um círculo vicioso de inclusão e exclusão da parte no polo passivo, o que pouco contribui para a efetividade do processo.

4. Desse modo, a análise da ilegitimidade passiva, nos casos em que a matéria já se encontra preclusa, sem que haja ocorrido o trânsito em julgado, deve ser feita apenas se se tratar de uma violação muito evidente.

5. Na hipótese dos autos, verifico que a empresa executada teve sua falência decretada em 11/08/1998 e a execução fiscal foi proposta em janeiro de 1999, sendo que o redirecionamento da execução aos sócios se deu em 01/12/1999.

6. Nesse prisma, a inclusão dos sócios no polo passivo da execução é indevida desde a origem do processo, já que a falência constitui forma regular de dissolução da sociedade e não consta dos autos nenhuma prova de abuso da personalidade jurídica, sendo certo que a extração direta do título executivo não tem mais respaldo normativo ante a declaração de inconstitucionalidade e a revogação do artigo 13, da Lei 8.620/1993. 7. Agravo legal desprovido.

(TRF3. 2ª Turma, unânime. AI 00315555920134030000, AI 521552. Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO. e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/07/2015. Julgado em 21/07/2015)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO EM FACE DE SÓCIO. DISSOLUÇÃO IREGULAR DA EMPRESA QUE NÃO FOI COMPROVADA. FALÊNCIA. INOVAÇÃO EM SEDE DE AGRAVO INTERNO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. No caso, não se verificou dissolução irregular, sendo certo que a falência é considerada forma regular de extinção da empresa, além de não haver notícia de crime ou irregularidade neste procedimento.

2. Esse quadro não se altera com a inovação da qual se valeu a agravante indevidamente nes-

te agravo interno, mesmo porque a sugestão de solidariedade passiva sequer foi tratada na decisão objeto do agravo de instrumento. Enfim, trouxe a agravante, diretamente a esta Corte, alegação não submetida à apreciação do Juízo de origem, não sendo possível ao Tribunal pronunciar-se a respeito, sob pena de importar supressão de instância. 3. Agravo desprovido. (TRF3. 3ª Turma, unânime. AI 00193823220154030000, AI 564859. Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS. e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/12/2015, julgado em 03/12/2015)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-C DO CPC. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.101.728/SP. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOSÓCIO-GERENTE. INADIMPLEMENTO. FALÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

- Instado o incidente de retratação em face do v. acórdão recorrido, por encontra-se em dissonância com o entendimento consolidado pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do mérito do REsp nº 1.101.728/SP, representativo de controvérsia.- O C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.101.728/SP, submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, consolidou entendimento no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio.- Na hipótese dos autos, verifica-se da consulta realizada em 24.06.2015 ao Sistema Informação Processual da SRIP, em anexo, que “estando regularmente garantido o Juízo através de penhora levada a efeito no rosto dos autos do processo falimentar”, foi suspenso o curso da execução fiscal em 09.02.2011, cujos autos encontram-se aguardando no arquivo o desfecho da falência.

- Da análise do extrato de movimentação processual extraído do sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, anexo a este voto, infere-se que Processo de Falência nº 583.00.2003.066138-9 (nº de ordem: 499/2005, distribuído em 05.06.2003), em trâmite perante a 39ª Vara Cível do Fórum João Mendes da Comarca da Capital de São Paulo, ainda não se encerrou.- A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que a falência não configura modo irregular de dissolução da sociedade, não ensejando, por si só, autorização para o redirecionamento ao sócio.- *In casu*, verifica-se que não houve dissolução irregular da empresa, e sim falência.- Incabível a inclusão do sócio-gerente no polo passivo da execução fiscal.- Encontrando-se o v. acórdão recorrido em dissonância com a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça impõe-se, em juízo de retratação, nos termos do artigo 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil, a reforma do julgado para dar provimento ao agravo de instrumento.

(TRF3. 6ª Turma, unânime. AI 00065123820044030000, AI 198664. Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI. e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/07/2015, julgado em 16/07/2015)

Portanto, posto que irregular a inicial inclusão do sócio no polo passivo da execução fiscal, excludo o agravante LUIZ ALBERTO GIGLIOTTI por ilegitimidade de parte.

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, não conheço do pedido em relação as execuções fiscais de nº 0002612-29.2004.4.03.6117 e 0002645-82.2005.4.03.6117, e, na parte conhecida, *dou provimento ao agravo de instrumento* para excluir o agravante do polo passivo das execuções fiscais de nº 0002646-67.2005.4.03.6117, 0002643-15.2005.4.03.6117 e 0002839-53.2003.403.6117.

É como voto.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0004861-48.2016.4.03.0000

(2016.03.00.004861-0)

Agravante: ROMILDA JOVENTINA NASCIMENTO
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA DE DIADEMA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Classe do Processo: AI 578267
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/08/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. MUNICÍPIOS CONTÍGUOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO NÃO PROVIDO. Decisão agravada que determinou a expedição da Carta Precatória para a realização dos exames em São Bernardo do Campo foi motivada pelo fato de inexistir, em Diadema, médico habilitado a realizar a perícia médica.

Conforme consulta realizada na *internet*, verifica-se que os municípios de Diadema e São Bernardo do Campo são contíguos e interligados por transporte público, não sendo empecilho intransponível para a autora. Ademais, o fato de se deslocar para município que possui meios próprios para a realização da perícia médica não implica qualquer prejuízo à agravante.

Agravo de instrumento não 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, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de julho de 2016.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto por *Romilda Joventina Nascimento* contra decisão proferida pelo MM Juízo da 4ª Vara de Diadema /SP que, considerando não haver profissional habilitado para a realização de perícia médica na comarca de residência da autora, determinou a expedição de Carta Precatória para a Justiça Federal de São Bernardo do Campo/SP a fim de que fossem realizados os exames no setor técnico lá instalado.

Requer a agravante a realização da perícia médica na comarca de sua residência, Diadema /SP, onde tramita o feito, ao argumento de que não possui recursos financeiros e condições

de saúde para o seu deslocamento. Acrescenta que este Tribunal, já decidiu, no Agravo de Instrumento nº 0020458-91.2015.4.03.0000, que o feito deve ser processado em Diadema.

Intimado o agravado não oferecera contraminuta.

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Da decisão agravada, depreende-se que a expedição da Carta Precatória para a realização dos exames em São Bernardo do Campo foi motivada pelo fato de inexistir, em Diadema, médico habilitado a realizar a perícia médica.

Conforme consulta realizada na *internet*, verifica-se que os municípios de Diadema e São Bernardo do Campo são contíguos e interligados por transporte público, não sendo empecilho intransponível para a autora. Ademais, o fato de se deslocar para município que possui meios próprios para a realização da perícia médica não implica qualquer prejuízo à agravante.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA NO IMESC. OCASIONAMENTO DE ÔNUS FINANCEIRO AO SEGURADO. DIFICULDADE FÍSICA DE LOCOMOÇÃO.

- A realização de perícia médica no IMESC, além de desconsiderar a dificuldade física da parte em comparecer até a capital do Estado, acarreta-lhe ônus financeiro de deslocamento, o que é inadmissível em se tratando de beneficiária da assistência judiciária gratuita.

- Caso impossível a nomeação de perito na comarca do domicílio do segurado, a perícia médica deverá ser realizada na cidade mais próxima e apta à realização do exame. (grifos meus)

- Cabível a expedição de carta precatória com o objetivo de produção da prova pericial, consoante se verifica do teor dos artigos 176, 202, § 2º, e 428, todos do Código de Processo Civil.

- perícia requerida pelo agravante. Honorários periciais serão pagos com os “recursos vinculados ao custeio da assistência judiciária aos necessitados” (artigo 1º, § 3º, da Resolução nº 558/2007, do CJF) e, posteriormente, reembolsados ao Erário pelo vencido.

- Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento para que a perícia médica seja realizada na própria sede judiciária em que se encontra domiciliada o agravante, ou em localidade próxima e com profissionais aptos ao exame. (TRF3 - AI 00184153120084030000 - Relatora DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA - publ. e-DJF3 Judicial 2 DATA:10/02/2009 PÁGINA: 741)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PERÍCIA MÉDICA. REALIZAÇÃO EM SEÇÃO JUDICIÁRIA PRÓXIMA AO DOMICÍLIO DO AGRAVANTE. RECURSO PROVIDO.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu o pedido de realização de perícia médica em local próximo à residência do recorrente.

2. Não se afigura razoável determinar que o agravante (portador de grave doença degenerativa, fazendo uso de respirador artificial por quinze horas por dia, beneficiário da justiça gratuita e residente e domiciliado próximo à Seção Judiciária de São Sebastião do Paraíso/MG), se desloque para o Distrito Federal para se submeter a perícia médica.

3. Correta a decisão monocrática, proferida neste segundo grau de jurisdição, que concedeu a antecipação da tutela recursal para viabilizar a perícia médica por meio de carta precatória perante a referida seção judiciária ou, em caso de inexistência de peritos médicos naquela localidade, deferiu a realização dos exames na cidade mais próxima do agravante.

4. A interposição do presente agravo de instrumento revelou-se necessária e adequada para a preservação do direito do recorrente, diante da possibilidade de a decisão agravada causar à parte lesão grave e de difícil reparação.

5. Agravo de instrumento provido. (TRF1 - AG 00094882320144010000 - Relator DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES - publ. e-DJF1 DATA:26/01/2016)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO**0008742-33.2016.4.03.0000****(2016.03.00.008742-1)**

Agravante: NESTLÉ BRASIL LTDA.

Agravado: INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA - INMETRO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE EXECUÇÃO FISCAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA

Classe do Processo: AI 581408

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/07/2016

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA. INMETRO. SEGURO GARANTIA. NOMEAÇÃO EXTEMPORÂNEA. ORDEM DE PREFERÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Decorrido o prazo legal para nomeação de bens pela executada, é prerrogativa da exequente indicar os bens para constrição judicial a favor do crédito executado.
2. Ainda que fosse tempestiva a nomeação, não poderia, porém, ser admitida sem observância da ordem de preferência que a legislação estabelece. Note-se que a preferência sobre dinheiro, que autoriza o bloqueio de ativos financeiros, não se encontra prevista apenas no artigo 11, I, LEF, mas, ainda, em outros preceitos, com redação dada pela Lei 13.043/2014, como o artigo 7º, inciso II, artigo 9º, incisos I e II, e § 3º, e 16, incisos I e II, que são expressos, todos, em priorizar o depósito em dinheiro, sobre o oferecimento de fiança ou seguro garantia.
3. Existindo lei especial a regular a execução fiscal e a preferência em termos de garantia do crédito executado respectivo, evidencia-se impertinente a invocação de regra geral, como a do artigo 829, § 2º, CPC/2015, especialmente diante da jurisprudência da Corte Superior, que reconhece que a execução fiscal não se sujeita apenas e nem preponderantemente ao princípio da menor onerosidade, mas deve observar o interesse do credor, dado o interesse público na cobrança do crédito, assim como na utilidade da ação e na eficácia da prestação jurisdicional.
4. Agravo de instrumento desprovido.

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 maioria, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de julho de 2016.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em sede de executivo fiscal, rejeitou seguro garantia, acolhendo manifestação da exequente, e deferiu o pedido de bloqueio de ativos financeiros da executada.

Alegou a agravante: (1) o seguro garantia é admitido pela LEF, e possui o condão de garantir a execução, produzindo os mesmos efeitos que a penhora, nos termos dos artigos 7º, II, 9º, II, §3º, 16, II, §1º, da Lei 6.830/1980; (2) após citada, via postal, a executada apresentou seguro garantia, nos termos do artigo 9º, LEF, com a redação dada pela Lei 13.043/2014; (3) a ordem do artigo 11 da LEF deve ser avaliada pelo magistrado caso a caso, com o objetivo de conciliar, sempre que possível, a necessidade de satisfação do crédito e a forma menos onerosa para o devedor; (4) o NCPC/2015 passou a admitir a substituição de penhora pelo seguro-garantia, nos termos do artigo 829, §2º; (5) o seguro-garantia ofertado está em conformidade com as normas da SUSEP, as Circulares 323/2003 e 477/2013; (6) a Portaria PGF 437/2011 trata, exclusivamente, da fiança bancária, e não do seguro garantia, tendo aplicação interna à própria PFN, visando à fiscalização do seguro, sem atingir o jurisdicionado; (7) esta Corte, em caso idêntico, ao julgar o AI 0028230-08.2015.4.03.0000 assentou a validade do seguro-garantia, em substituição à penhora de valores.

A agravada apresentou contraminuta, pugnando pela manutenção da decisão.

Os autos vieram conclusos e recebidos fisicamente no Gabinete em 06/06/2016, incluídos em pauta para julgamento em 07/07/2016, com adiamento para a presente sessão de 21/07/2016, primeira imediatamente subsequente.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

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

Senhores Desembargadores, a situação discutida no presente feito não é idêntica à do AI 0028230-08.2015.4.03.0000.

Naquela ocasião, ficou decidido:

AI 00282300820154030000, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 11/02/2016: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA. INMETRO. NOMEAÇÃO DE GARANTIA. PRECLUSÃO SUPERADA. ARTIGO 9º, II, LEF. SEGURO GARANTIA. PORTARIA PGFN 164/2014. APLICABILIDADE. INDICAÇÃO DA PARTE SEGURADA. RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1. *Superada a intempestividade da nomeação de garantia, pois, ao ser intimada para impugnação, a exequente apenas alegou que não cumpriu o seguro garantia as exigências da Portaria PGF 437/2011 e a ordem de preferência do artigo 11 da LEF.* 2. Não são aplicáveis as disposições da Portaria PGF 437/2011, que se referem a exigências para aceitação de fiança bancária, pois, na espécie, a executada ofertou seguro garantia, razão pela qual tem pertinência a verificação de sua adequação à luz da Portaria PGFN 164/2014. 3. Cumpridas as exigências próprias do seguro garantia, não podem ser formuladas outras, dispensadas pela Portaria PGFN 164/2014, aplicável ainda que a débitos objeto de

cobrança pela Procuradoria Geral Federal, à míngua de regulamentação específica. 4. Cabível, porém, a adequação da apólice para que dela conste, na condição de segurado, não o Juízo que processa a execução fiscal, mas o próprio exequente, no caso, o INMETRO, representado pela Procuradoria-Geral Federal. 5. Agravo de instrumento parcialmente provido. (grifos nossos)

Assim, consta, no presente recurso, que houve recusa da nomeação em face de sua intempestividade (f. 77/87), diferentemente do que verificado no caso invocado como análogo.

Nesse passo, estabelece o artigo 8º da Lei de Execuções Fiscais:

Art. 8º - O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas:

I - a citação será feita pelo correio, com aviso de recepção, se a Fazenda Pública não a requerer por outra forma;

II - a citação pelo correio considera-se feita na data da entrega da carta no endereço do executado, ou, se a data for omitida, no aviso de recepção, 10 (dez) dias após a entrega da carta à agência postal;

(...)

A executada foi citada em 09/09/2015 (f. 31), tendo, portanto, até 16/09/2015 para pagar ou garantir a execução, porém somente ofertou o seguro garantia em 28/10/2015 (f. 32), ou seja, fora do prazo previsto na LEF.

Portanto, à época da indicação da oferta do seguro garantia, já havia decorrido o prazo legal para nomeação, conferindo à exequente a prerrogativa de indicação de bens para constrição judicial.

Seja como for, além de intempestiva a nomeação, certo é que não poderia ser feita, ainda que tempestiva, sem observar a ordem de preferência que a legislação estabelece. Note-se que a preferência sobre dinheiro, que autoriza o bloqueio de ativos financeiros, não se encontra prevista apenas no artigo 11, I, LEF, mas, ainda, em outros preceitos, com redação dada pela Lei 13.043/2014, como o artigo 7º, inciso II, artigo 9º, incisos I e II, e § 3º, e 16, incisos I e II, que são expressos, todos, em priorizar o depósito em dinheiro, sobre o oferecimento de fiança ou seguro garantia.

Existindo lei especial a regular a execução fiscal e a preferência em termos de garantia do crédito executado respectivo, evidencia-se impertinente a invocação de regra geral, como a do artigo 829, § 2º, CPC/2015, especialmente à luz da jurisprudência da Corte Superior, que reconhece que a execução fiscal não se sujeita apenas e nem preponderantemente ao princípio da menor onerosidade, mas deve observar o interesse do credor, dado o interesse público na cobrança do crédito, assim como na utilidade da ação e na eficácia da prestação jurisdicional.

Nesse sentido:

AINTARESP 201503273906, Rel. Des. Fed. Conv. DIVA MALERBI, DJE 19/04/2016: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENHORA ELETRÔNICA. SISTEMA BACEN-JUD. 1. A E. Primeira Seção deste Tribunal, em julgamento submetido ao regime do art. 543-C do CPC, firmou entendimento no sentido da existência de dois regimes normativos no que concerne à penhora eletrônica de dinheiro em depósito ou aplicação financeira: (i) período anterior à égide da Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006 (que obedeceu a vacatio legis de 45 dias após a publicação), no qual a utilização do Sistema BACEN-JUD pressupunha a demonstração de que o exequente não

lograra êxito em suas tentativas de obter as informações sobre o executado e seus bens; e (ii) período posterior à vacatio legis da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), a partir do qual se revela prescindível o exaurimento de diligências extrajudiciais a fim de se autorizar a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras (REsp 1.184.765/PA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 3/12/2010). 2. A utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à vacatio legis da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras (EResp 1.052.081/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, julgado em 12.05.2010, DJe 26.05.2010). 2. *A Fazenda Pública não é obrigada a aceitar bens nomeados à penhora fora da ordem legal insculpida no art. 11 da Lei nº 6.830/80, pois o princípio da menor onerosidade do devedor, preceituado no art. 620 do CPC, tem de estar em equilíbrio com a satisfação do credor. Precedentes.* 3. A ausência de fundamentação e de pertinência dos dispositivos legais tidos por violados impede a abertura da instância especial, nos termos da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal, aplicável, por analogia, neste Tribunal. 4. Agravo interno a que se nega provimento.

AGRESP 1.454.404, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 25/09/2014: TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INDICAÇÃO DE BEM PELO DEVEDOR. RECUSA DA FAZENDA. POSSIBILIDADE. PREFERÊNCIA PELA PENHORA EM DINHEIRO VIA BACEN JUD. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. INVIABILIDADE DA ATIVIDADE DA EMPRESA. NECESSIDADE REEXAME DE PROVAS NO CASO CONCRETO. SÚMULA 7/STJ. 1. *Na hipótese em exame, o entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do STJ, de que a Fazenda Pública não é obrigada a aceitar bens nomeados à penhora fora da ordem legal inserta no art. 11 da Lei de Execução Fiscal, uma vez que, não obstante o princípio da menor onerosidade ao devedor, a execução é feita no interesse do credor, como dispõe o art. 612 do Código de Processo Civil.* 2. O acolhimento da pretensão recursal relativa à inviabilidade da atividade da empresa diante da penhora de seus ativos financeiros demanda revolvimento do contexto fático-probatório, o que não se admite ante a Súmula 7/STJ. 3. Agravo Regimental não provido.

Logo, seja porque extemporânea a oferta do seguro garantia, seja porque tem preferência legal o depósito de dinheiro, nos termos da legislação e da jurisprudência consolidada, inviável o acolhimento do pedido formulado neste recurso.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL

0010424-96.2016.4.03.9999

(2016.03.99.010424-7)

Parte Autora: ZILDA DE SOUZA

Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE SALESÓPOLIS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO

Classe do Processo: REO 2146348

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/07/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL DA ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. I - No que tange ao pedido de reconhecimento de atividade rural, é de se reconhecer que não foi apresentado documento indispensável ao ajuizamento da ação, ou seja, início de prova material, restando inócua a análise da prova testemunhal colhida em juízo.

II - O entendimento majoritário nesta Décima Turma é o de ser juridicamente adequado, em grau de apelação, a extinção do processo sem resolução do mérito, por falta de apresentação de documento indispensável ao ajuizamento da ação (art. 320 do Novo CPC).

III - A interpretação teleológica dos dispositivos legais que versam sobre a questão em exame leva à conclusão que a ausência nos autos de documento tido por início de prova material é causa de extinção do feito sem resolução do mérito, com base no art. 485, inciso IV, do Novo CPC, pois o art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91 e a Súmula 149 do E. STJ, ao vedarem a prova exclusivamente testemunhal em tais casos, criaram um óbice de procedibilidade nos processos que envolvam o reconhecimento de tempo de serviço, que a rigor acarretaria o indeferimento da inicial, nos termos dos arts. 320 e 321 do atual CPC.

IV - Nesse sentido, entendeu o E. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.352.721/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Representativo de Controvérsia (DJe 28/04/2016)

V - Não há que se falar em devolução de parcelas recebidas pela autora, a título de benefício de aposentadoria por idade, tendo em vista sua natureza alimentar e a boa-fé da demandante, além de terem sido recebidas por força de determinação judicial.

VI - Remessa oficial provida. Extinção do feito sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, IV, do atual CPC.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à remessa oficial e extinguir o feito sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, IV, do atual

CPC, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de julho de 2016.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Trata-se de remessa oficial de sentença pela qual foi julgado procedente o pedido em ação previdenciária, para condenar o réu a conceder à autora o benefício de aposentadoria rural por idade, no valor de um salário mínimo, a partir da data da propositura da demanda (30.07.2013). As prestações em atraso serão atualizadas monetariamente na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. Honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre as prestações vencidas. Sem custas. Concedida a antecipação da tutela, para a implantação imediata do benefício.

Noticiada a implantação do benefício, à fl.94.

Não havendo a interposição de recursos voluntários pelas partes, vieram os autos a esta E. Corte por força do reexame necessário.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

A autora, nascida em 17.06.1958, completou 55 (cinquenta e cinco) anos de idade em 17.06.2013, devendo comprovar 15 (quinze) anos de atividade rural, nos termos dos artigos 142 e 143 da Lei nº 8.213/91, para a obtenção do benefício em epígrafe.

Quanto à comprovação da atividade rural, a jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, *in verbis*:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

No caso em tela, a autora não trouxe aos autos qualquer documento em seu nome ou de seu marido que pudesse servir de início razoável de prova material de seu labor agrícola, eis que a mera certidão de partilha de fls. 13/17 não comprova o exercício da atividade rural. Destaco que na certidão de casamento religioso contraído em 13.11.1999 (fl. 52), não consta a qualificação dos cônjuges.

Assim, no que tange ao pedido de reconhecimento de atividade rural, é de se reconhecer que não foi apresentado documento indispensável ao ajuizamento da ação, ou seja, início de prova material desse período, restando inócua a análise da prova testemunhal colhida em juízo.

Como o § 3º do art. 55 da Lei nº 8.213/91 versa sobre matéria probatória, penso ser processual a natureza do aludido dispositivo legal, razão pela qual nos feitos que envolvam o

reconhecimento de tempo de serviço a ausência nos autos do respectivo início de prova material constitui um impedimento para o desenvolvimento regular do processo, caracterizando-se, conseqüentemente, essa ausência, como um pressuposto processual, ou um suposto processual, como prefere denominar o sempre brilhante Professor Celso Neves. Observo que a finalidade do § 3º do art. 55 da Lei nº 8.213/91 e da Súmula 149 do E. STJ é evitar a averbação de tempo de serviço inexistente, resultante de procedimentos administrativos ou judiciais promovidos por pessoas que não exerceram atividade laborativa.

Verifica-se, pois, que a finalidade do legislador e da jurisprudência ao afastar a prova exclusivamente testemunhal não foi criar dificuldades inúteis para a comprovação do tempo de serviço urbano ou rural e encontra respaldo na segunda parte do art. 400 do CPC de 1973, atual artigo 443 do Novo CPC.

Dessa forma, a interpretação teleológica dos dispositivos legais que versam sobre a questão em exame leva à conclusão que a ausência nos autos de documento tido por início de prova material é causa de extinção do feito sem resolução do mérito, com base no art. 485, IV, do Novo CPC, pois o art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91 e a Súmula 149 do E. STJ, ao vedarem a prova exclusivamente testemunhal em tais casos, criaram um óbice de procedibilidade nos processos que envolvam o reconhecimento de tempo de serviço, que a rigor acarretaria o indeferimento da inicial, nos termos dos arts. 320 e 321 do atual CPC.

Conclui-se, portanto, que, no caso dos autos, carece a autora de comprovação material sobre o exercício de atividade rural por ela desempenhado (art. 39, I, da Lei nº 8.213/91), restando prejudicada a apreciação do pedido de aposentadoria rural por idade.

Nesse sentido, o julgamento proferido pelo E. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.352.721/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Representativo de Controvérsia, em 16.12.2015, *in verbis*:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. RESOLUÇÃO No. 8/STJ. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. AUSÊNCIA DE PROVA MATERIAL APTA A COMPROVAR O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL. CARÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO DO PROCESSO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, DE MODO QUE A AÇÃO PODE SER REPROPOSTA, DISPONDO A PARTE DOS ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA COMPROVAR O SEU DIREITO. RECURSO ESPECIAL DO INSS DESPROVIDO.

1. Tradicionalmente, o Direito Previdenciário se vale da processualística civil para regular os seus procedimentos, entretanto, não se deve perder de vista as peculiaridades das demandas previdenciárias, que justificam a flexibilização da rígida metodologia civilista, levando-se em conta os cânones constitucionais atinentes à Seguridade Social, que tem como base o contexto social adverso em que se inserem os que buscam judicialmente os benefícios previdenciários.

2. As normas previdenciárias devem ser interpretadas de modo a favorecer os valores morais da Constituição Federal/1988, que prima pela proteção do Trabalhador Segurado da Previdência Social, motivo pelo qual os pleitos previdenciários devem ser julgados no sentido de amparar a parte hipossuficiente e que, por esse motivo, possui proteção legal que lhe garante a flexibilização dos rígidos institutos processuais. Assim, deve-se procurar encontrar na hermenêutica previdenciária a solução que mais se aproxime do caráter social da Carta Magna, a fim de que as normas processuais não venham a obstar a concretude do direito fundamental à prestação previdenciária a que faz jus o segurado.

3. Assim como ocorre no Direito Sancionador, em que se afastam as regras da processualística civil em razão do especial garantismo conferido por suas normas ao indivíduo, deve-se dar

prioridade ao princípio da busca da verdade real, diante do interesse social que envolve essas demandas.

4. A concessão de benefício devido ao trabalhador rural configura direito subjetivo individual garantido constitucionalmente, tendo a CF/88 dado primazia à função social do RGPS ao erigir como direito fundamental de segunda geração o acesso à Previdência do Regime Geral; sendo certo que o trabalhador rural, durante o período de transição, encontra-se constitucionalmente dispensado do recolhimento das contribuições, visando à universalidade da cobertura previdenciária e a inclusão de contingentes desassistidos por meio de distribuição de renda pela via da assistência social.

5. A ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo a sua extinção sem o julgamento do mérito (art. 267, IV do CPC) e a consequente possibilidade de o autor intentar novamente a ação (art. 268 do CPC), caso reúna os elementos necessários à tal iniciativa.

6. Recurso Especial do INSS desprovido.

(REsp 1352721/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/12/2015, DJe 28/04/2016)

Esclareço, por fim, que não há que se falar em devolução de parcelas recebidas pela autora, a título de benefício de aposentadoria por idade, tendo em vista sua natureza alimentar e a boa-fé da demandante, além de terem sido recebidas por força de determinação judicial.

Diante do exposto, *dou provimento à remessa oficial e declaro extinto o presente feito, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, IV, do Novo Código de Processo Civil*. Não há condenação da demandante nos ônus da sucumbência, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Expeça-se e-mail ao INSS, determinando a cessação imediata do benefício de nº 160.937.433-6, de titularidade da autora Zilda de Souza.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0019516-98.2016.4.03.9999

(2016.03.99.019516-2)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: LUIZ CARLOS COURA
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE IBITINGA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS
Classe do Processo: ApelReex 2164470
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/08/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ADVENTO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LEI Nº 13.105/15. NÃO CONHECIMENTO DA REMESSA OFICIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ARTS. 52 E 53 DA LEI Nº 8.213/91. LABOR RURAL EXERCIDO SEM REGISTRO EM CTPS. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR TESTEMUNHA NO PERÍODO ALMEJADO. CONCESSÃO DA BENESSE DE FORMA INTEGRAL.

I - 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 1.000 salários mínimos; esse preceito tem incidência imediata aos feitos em tramitação nesta Corte, não-obstante remetidos pelo juízo *a quo* na vigência do anterior Diploma Processual.

II- A comprovação de labor rural exige início razoável de prova material, sendo insuficiente apenas a produção de prova testemunhal, a teor da Súmula nº 149 do E. STJ.

III- A parte autora colacionou documentos constando sua profissão a de lavrador, bem como as testemunhas corroboraram que o autor trabalhou na roça, durante o período pleiteado, sendo possível reconhecer tempo de labor rural inclusive anteriormente à data do primeiro documento apresentado. Precedentes.

IV- O exercício de atividade rurícola anterior ao advento da Lei nº 8.213/91 será computado independentemente do recolhimento das contribuições correspondentes, exceto para fins de carência e contagem recíproca.

V - Concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, em sua forma integral, mediante a comprovação do implemento de 35 (trinta e cinco) anos de tempo de serviço.

VI- Ante a ausência de recurso das partes, mantenho a verba honorária, correção monetária e juros de mora tal como lançado na sentença.

VII- Remessa oficial não conhecida. Apelação do INSS desprovida.

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 NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS**, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de julho de 2016.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

A parte autora ajuizou a presente ação em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando, em síntese, o cômputo de labor rural sem registro em CTPS e a consequente concessão de aposentadoria por tempo de contribuição.

A sentença julgou procedente o pedido, para reconhecer o labor rural do demandante, bem como condenar a autarquia a conceder aposentadoria por tempo de contribuição, a partir do requerimento administrativo, em 25/07/11, sendo as parcelas corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. Concedida tutela antecipada. Determinado reexame necessário (fls. 666/667).

O INSS apelou aduzindo, em suma, que não houve comprovação do labor rural do demandante (fls. 681/683).

Com contrarrazões, os autos subiram a esta E.Corte.

É O RELATÓRIO.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

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 § 10, 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

juízo 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. Contrário 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, consequentemente, 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, nº 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.

No mérito, objetiva a parte autora a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, mediante o cômputo do período de 03/74 a 09/83, laborado em atividade rural.

Da atividade rural

No que concerne ao reconhecimento do labor rural, a lei assegura a contagem de tempo de serviço, sem o respectivo registro, desde que acompanhada de início de prova material.

A jurisprudência do E. STJ já se firmou no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, *in verbis*:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

Para tanto, a parte autora apresentou nos autos, como início de prova material, entre outros documentos, Certificado de Saúde e de Capacidade Funcional, datado em 1978, constando sua profissão a de lavrador.

As testemunhas ouvidas prestaram depoimentos consistentes no sentido de que o autor trabalhou na roça durante o período pleiteado, sendo possível reconhecer tempo de labor rural inclusive anteriormente à data do primeiro documento apresentado.

A propósito, o seguinte julgado do C. STJ:

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 inexistam 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, Primeira Seção, REsp nº 1.348.633/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 28/08/2013, DJe 05/12/2014)

Dessa forma, restou devidamente comprovado o labor rural da parte autora no período de 01/03/74 a 10/09/83, independentemente do recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias, exceto para fins de carência, a teor do artigo 55, 2º, da Lei nº 8.213/91.

Da aposentadoria por tempo de serviço

A aposentadoria por tempo de serviço foi assegurada no art. 202 da Constituição Federal de 1988, que dispunha, em sua redação original:

Art. 202. É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários-de-contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições:

(...)

II - após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei:

(...)

§1º: É facultada aposentadoria proporcional, após trinta anos de trabalho, ao homem, e, após vinte e cinco, à mulher.

A regulamentação da matéria previdenciária sobreveio com a edição da Lei de Benefícios, de 24 de julho de 1991, que tratou em vários artigos da aposentadoria por tempo serviço.

A Emenda Constitucional nº 20/1998, que instituiu a reforma da previdência, estabeleceu o requisito de tempo mínimo de contribuição de 35 anos para o segurado do sexo masculino e 30 anos para a segurada. Extinguiu o direito à aposentadoria proporcional e criou o fator previdenciário, de forma a tornar mais vantajosa a aposentação tardia.

Para os filiados ao regime até sua publicação e vigência, em 15 de dezembro de 1998, foi também assegurada regra de transição, de forma a permitir a aposentadoria proporcional.

Criou-se para tanto, o requisito de idade mínima de 53 anos para os homens e 48 anos para as mulheres e um acréscimo percentual de 40% do tempo que faltaria para atingir os 30 ou 25 anos necessários nos termos da nova legislação.

Ressalte-se, pela regra anterior à Emenda Constitucional nº 20, de 16/12/98, que a aposentadoria por tempo de serviço, na forma proporcional, será devida ao segurado que completou 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 30 (trinta) anos de serviço, se do sexo masculino, antes da vigência da referida Emenda, uma vez assegurado seu direito adquirido (Lei nº 8.213/91, art. 52).

Nessa linha, somando-se o período ora reconhecido como exercido em atividade rural, com os períodos de trabalho incontroversos comprovados em CTPS e reconhecidos pelo INSS, a parte autora atingiu tempo suficiente para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço integral, desde o requerimento administrativo, em 25/07/11.

Ante a ausência de recurso das partes, mantenho a verba honorária, correção monetária e juros de mora tal como lançado na sentença.

Isso posto, não conheço da remessa oficial e nego provimento à apelação do INSS.

É O VOTO.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

Direito Processual Penal



“HABEAS CORPUS”
0005020-88.2016.4.03.0000
(2016.03.00.005020-3)

Impetrantes: MARCELO LUIZ ÁVILA DE BESSA E OUTROS;
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Paciente: LUIZ ESTEVÃO DE OLIVEIRA NETO (réu preso)
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS
Classe do Processo: HC 66301
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/08/2016

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. MANDADO DE PRISÃO. EXPEDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A impetração objetiva, liminarmente, o sobrestamento da execução provisória da pena imposta ao paciente, expedindo-se alvará de soltura e, ao final, a concessão do direito de apelar em liberdade.

2. Os elementos de cognição trazidos na seara do “writ” demonstram que a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, nos autos da Ação Penal nº 0001198-37.2000.4.03.6181, narra o cometimento de crimes no curso do procedimento licitatório e na execução do contrato correspondente e relativo à construção do Fórum Trabalhista de São Paulo/SP, celebrado em 1992 entre o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região e a empresa INCAL Incorporações S.A, ocasionando o enriquecimento ilícito de diversos agentes públicos e particulares, dentre eles, Nicolau dos Santos Neto, ex-juiz e Luiz Estevão de Oliveira Neto, ex-senador da República, bem como resultando num desvio vultoso de recurso federais, que atingiu a cifra de R\$ 169.000.000,00.

3. Nos autos da citada ação penal, a E. Quinta Turma deste Tribunal Regional Federal, na sessão de 03 de maio de 2006, julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal para, com relação ao paciente, condená-lo pela prática: a) do crime definido no artigo 312 do Código Penal, em continuidade delitiva, à pena de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, bem como pagamento de 300 (trezentos) dias-multa, no valor unitário de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais); b) do crime descrito no artigo 171, § 3º, do Código Penal, mediante continuidade delitiva, à pena de 08 (oito) anos de reclusão, além do adimplemento de 300 (trezentos) dias-multa, no valor unitário de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais); c) do crime descrito no artigo 333, parágrafo único, do Código Penal, mediante continuidade delitiva, à pena de 08 (oito) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 300 (trezentos) dias-multa, no valor unitário de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais); d) do crime definido no artigo 304 do Código Penal à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, bem como ao pagamento de 300 (trezentos) dias-multa, no valor unitário de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) e e) do crime definido no artigo 288 do Código Penal à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, reprimendas corporais a serem cumpridas no regime inicial fechado (fls.543/680, 687/8838, 889/1092, 1097/1165).

4. Inicialmente, não se há falar na ausência de motivos que justificam o início do cumprimento da pena imposta ao paciente. O só fato de o aresto condenatório dispor que “(...) eventuais mandados de prisão deverão ser expedidos quando do trânsito em julgado do presente acórdão”, não invalida, tampouco macula de ilegal, a decisão do Juízo “a quo” que determinou a expedição de mandado de prisão para a execução provisória das penas impostas ao paciente.
5. Isso porque esta Corte Regional seguira, naquela oportunidade, a compreensão prevalente relativa ao conteúdo jurídico do princípio constitucional da presunção de inocência insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, prevalente à época do julgamento.
6. Hodiernamente, o *novel* entendimento firmado pela Suprema Corte a respeito da execução provisória da pena - a jurisprudência anteriormente firmada pelo Plenário, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG, em 05 de fevereiro de 2009, assentou que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado do édito condenatório - é no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, desprovidos, portanto, de efeito suspensivo, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência.
7. Nessa esteira, houve significativa alteração jurisprudencial sobre o momento da execução do título judicial condenatório, carecendo de acolhida o intento dos impetrantes de prevalência da compreensão sobre o tema adotada por este Egrégio Tribunal quando do julgamento do apelo ministerial, porquanto entendimento jurisprudencial não está sujeito à preclusão e tampouco faz coisa julgada.
8. A execução, porque provisória, não ofende, por óbvio, a coisa julgada, mas consubstancia instrumento garantidor do cumprimento da pena imposta ao apenado, consecutivo do aresto condenatório.
9. A confirmação do acórdão condenatório pelas Cortes Superiores não somente atesta restar cumprido o escopo da prevenção geral e específica, impondo-se a justa retribuição da pena derivada, como autoriza a execução da sanção corporal imposta ao paciente.
10. Consoante o disposto no artigo 637 do Código de Processo Penal, “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”.
11. Destarte, o início da execução provisória da pena não é faculdade do Juízo da Execução, como querem fazer crer os impetrantes. A norma processual é cogente, determinando, nas hipóteses de interposição de recursos extraordinário ou especial, desprovidos de efeito suspensivo, o traslado de peças processuais com o fito de dar início ao cumprimento da pena privativa de liberdade.
12. Ademais, as normas processuais penais, bem assim a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84) não conferem margem de discricionariedade ao juízo sobre o início da execução da pena: havendo sentença penal condenatória, executar-se - á, ainda que de forma provisória, nos moldes da segunda parte do artigo 637 do Código de Processo Penal.
13. Consoante o disposto no artigo 105 da LEP, transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.
14. Da leitura artigo 107 da referida lei também se extrai que ninguém será recolhido,

para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.

15. Complementando os referidos dispositivos e com a finalidade de garantir a execução provisória das penas aplicadas nas sentenças condenatórias, dispõe o artigo 9º, §2º, da Resolução nº 113, de 20 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça que, estando o processo em grau de recurso, sem expedição da guia de recolhimento provisória, às Secretarias desses órgãos caberão expedi-la e remetê-la ao juízo competente.

16. Como visto, o procedimento - execução provisória de sentença penal condenatória - encontra guarida legal.

17. Noutro vértice, a prova pré-constituída demonstra que o paciente vem exercendo o direito à ampla defesa há quase dez anos - o aresto condenatório foi proferido em 2006 - mediante a interposição de 34 (trinta e quatro) recursos ou impugnações. O contexto fático torna claro o intento do paciente em procrastinar o trânsito em julgado do aresto condenatório, eximindo-se do cumprimento das penas privativas de liberdade que naquele se lhes foram impostas e objetivando, por via transversa, a ocorrência do advento prescricional.

18. Os meios e recursos de que dispõe a defesa, se utilizados ao extremo, vale dizer, se empregados, como “in casu”, para protelar o cumprimento do édito condenatório, perdem a natureza que se lhes é peculiar de instrumento capaz de demonstrar a não culpabilidade do acusado e, a isso devido, não se coadunam com o princípio constitucional da presunção de inocência.

19. A autoridade impetrada cumpriu o seu mister ao dar início à execução da pena imposta ao paciente e, para tanto, determinou a expedição da guia de recolhimento provisória e de mandado de prisão, uma vez que fixado o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda corporal, sem disso resultar constrangimento ilegal.

20. Ordem denegada.

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, denegar a ordem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de maio de 2016.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de “habeas corpus” impetrado por MARCELO LUIZ ÁVILA DE BESSA, FÁBIO FERREIRA DE AZEVEDO, RAFAEL FERRACINA e LARYSSA BRITO MOREIRA em favor de LUIZ ESTEVÃO DE OLIVEIRA NETO, apontando coação ilegal proveniente do Juízo Federal da 1ª Vara Criminal, do Júri e das Execuções Penais de São Paulo/SP, que, nos Autos nº 0002335-92.2016.4.03.6181, com espeque na decisão do Supremo Tribunal Federal proferida nos autos do “Habeas Corpus” nº 126.292/SP, determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente para o imediato início do cumprimento das penas impostas na Ação

Penal nº 0001198-37.2000.4.03.6181.

Os impetrantes narram que o paciente, juntamente com outras três pessoas, foi denunciado pelo suposto cometimento dos crimes previstos nos artigos 171,§3º, 288, 299, 304, 312 e 317,§1º, todos do Código Penal.

Relatam que a sentença, após desclassificar as imputações contidas na denúncia, julgou a ação improcedente e absolveu o paciente dos crimes narrados na peça acusatória. Em sede recursal, no entanto, a E. Quinta Turma desta Corte Regional condenou o paciente, acolhendo, em parte, os pleitos recursais postos nos apelos do Ministério Público Federal e da Advocacia Geral da União.

Discorrem que, “in verbis”:

(...) O recurso especial do Ministério Público Federal teve a admissibilidade negada porquanto a matéria, que havia sido decidida também sob o ângulo constitucional, não foi ventilada em eventual apelo extremo (recurso extraordinário), que nunca foi interposto. Apresentado agravo de instrumento, ele veio a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (ag nº 1.153.177) que, por despacho de seu relator, ministro Celso Limongi, negou-lhe provimento, sobrevivendo o respectivo trânsito em julgado da decisão (...).

Porém, de forma manifestamente equivocada, conforme se verificará, o *Parquet* apresentou petição no agravo em recurso extraordinário da defesa - 851.109 STF-, onde, em síntese, pediu que fosse determinado o imediato cumprimento das penas agora fixadas na ação, ante a jurisprudência fixada pelo Excelso Pretório na sessão plenária do dia 17 de fevereiro, quando do julgamento do HC 126.292/SP.

O Supremo Tribunal Federal, analisando o pleito formulado pela acusação, determinou a remessa da matéria aos “juízo de origem, a quem cabe examinar e determinar, a tempo e modo, a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente (...) remessa via fax da cópia da petição protocolada pelo Ministério público Federal ao juízo de origem, a quem incumbe o exame da matéria suscitada pela defesa e bem assim as providências cabíveis”.

Após o recebimento da remessa dos autos no Juízo de origem, a defesa do paciente se manifestou, através de petição, ratificando as razões expostas no STF, quais sejam, a proibição da *reformatio in pejus* e obediência à coisa julgada, conforme determinado no acórdão do e. TRF e, também, ao início de execução provisória pleiteada pelo MPF.

Todavia, o eminente Juiz Federal da 1ª Vara Criminal, do Júri e das Execuções Penais de São Paulo (...) ao decidir, argumentou simplesmente que “o Supremo Tribunal Federal estabeleceu novo entendimento a respeito da execução provisória da pena. Conforme restou deliberado, 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 (...) Assim, sem adentrar no mérito da questão decidida pela Suprema Corte, é certo que passou a vigorar o entendimento de que a condenação em segundo grau pode dar ensejo ao início da execução da pena, como ocorria anteriormente a 2009. Trata-se, portanto, de deliberar sobre a possibilidade do início do cumprimento da condenação proferida pela Corte de Apelação antes de transitar em julgado e, por isso, em caráter provisório”, determinando assim a imediata execução provisória da pena imposta ao paciente.

Asseveram que o magistrado não enfrentou a tese defensiva no sentido de que o pleito do órgão ministerial encontrava-se precluso, ante a coisa julgada formada no julgamento da apelação por este Tribunal Regional que, assentou, de forma expressa, a impossibilidade de se executar provisoriamente o título condenatório, decisão que restara mantida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Alegam que, quando do julgamento do agravo de instrumento em recurso especial apre-

sentado pelo Ministério Público Federal, ao qual se negou provimento, ocorreu a coisa julgada pela aceitação do resultado pelo representante do “Parquet” Federal, que não se insurgiu do “decisum”.

Destarte, asseveram que

(...) qualquer que seja o alcance que se pretenda ao novo entendimento do Excelso Pretório no julgamento do leading case mencionado (HC 126.292/SP), não se poderia, no entendimento da defesa, ser determinada a execução provisória da pena imposta porquanto exatamente na apelação o Ministério Público Federal fez tal pedido, sendo a matéria expressamente deliberada pelo Egrégio Tribunal Regional Federal que, por unanimidade, entendeu ser impossível se dar o início do cumprimento da pena restritiva de liberdade antes do efetivo trânsito em julgado da ação penal, sendo que tal determinação, por sua vez, tornou-se imutável pela preclusão recursal.

Aduzem que, por ocasião do julgamento da apelação criminal, em 2006, o Excelso Pretório admitia a execução provisória de comando penal condenatório que impusesse pena restritiva de liberdade e, portanto, a questão fora debatida e decidida, em caráter definitivo.

Para ratificar as assertivas postas na impetração colacionam arestos da Suprema Corte.

Pugnam, liminarmente, o sobrestamento da execução provisória da pena, até o julgamento do “writ”, expedindo-se, para tanto, alvará de soltura.

Os autos seguiram ao Ministério Público Federal que, em parecer (fls.1706/1711) opinou pelo indeferimento da liminar postulada e pela denegação da ordem.

O “writ” fora distribuído por prevenção à Apelação Criminal nº 0001198-37.2000.4.03.6181.

Dispensada a vinda de informações.

É o relatório.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

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

A impetração objetiva, liminarmente, o sobrestamento da execução provisória da pena imposta ao paciente, expedindo-se alvará de soltura e, ao final, a concessão do direito de apelar em liberdade.

O pleito de liminar fora indeferido (fls.1713/1716).

Os elementos de cognição trazidos na seara do “writ” demonstram que a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, nos autos da Ação Penal nº 0001198-37.2000.4.03.6181, narra o cometimento de crimes no curso do procedimento licitatório e na execução do contrato correspondente e relativo à construção do Fórum Trabalhista de São Paulo/SP, celebrado em 1992 entre o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região e a empresa INCAL Incorporações S.A, ocasionando o enriquecimento ilícito de diversos agentes públicos e particulares, dentre eles, Nicolau dos Santos Neto, ex-juiz e Luiz Estevão de Oliveira Neto, ex-senador da República, bem como resultando num desvio vultoso de recurso federais, que atingiu a cifra de R\$ 169.000.000,00.

Nos autos da citada ação penal, a E. Quinta Turma deste Tribunal Regional Federal, na sessão de 03 de maio de 2006, julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal para, com relação ao paciente, condená-lo pela prática: a) do crime definido no artigo 312 do Código Penal, em continuidade delitiva, à pena de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, bem como pagamento de 300 (trezentos) dias-multa, no valor unitário de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais); b) do crime descrito no artigo 171,§3º, do Código Penal, mediante continuidade delitiva, à pena de 08 (oito) anos de reclusão, além do adimplemento de 300 (trezentos) dias-multa, no valor unitário de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais); c) do crime descrito no artigo 333, parágrafo único, do Código Penal, mediante continuidade delitiva, à pena de 08 (oito) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 300 (trezentos) dias-multa, no valor unitário de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais); d) do crime definido no artigo 304 do Código Penal à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, bem como ao pagamento de 300 (trezentos) dias-multa, no valor unitário de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) e e) do crime definido no artigo 288 do Código Penal à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, reprimendas corporais a serem cumpridas no regime inicial fechado (fls.543/680, 687/8838, 889/1092, 1097/1165).

Inicialmente, não se há falar na ausência de motivos que justificam o início do cumprimento da pena imposta ao paciente.

O só fato de o aresto condenatório dispor que “(...) eventuais mandados de prisão deverão ser expedidos quando do trânsito em julgado do presente acórdão”, como se depreende de fl.1152, não invalida, tampouco macula de ilegal, a decisão do Juízo “a quo” que determinou a expedição de mandado de prisão para a execução provisória das penas impostas ao paciente.

Isso porque esta Corte Regional seguira, naquela oportunidade, a compreensão prevalente relativa ao conteúdo jurídico do princípio constitucional da presunção de inocência insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, prevalente à época do julgamento.

Hodiernamente, o *novel* entendimento firmado pela Suprema Corte a respeito da execução provisória da pena, nos autos do *Habeas Corpus* nº 126292/SP - a jurisprudência anteriormente firmada pelo Plenário, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG, em 05 de fevereiro de 2009, assentou que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado do édito condenatório - é no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, desprovidos, portanto, de efeito suspensivo, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência.

Nesse ponto, cumpre destacar excerto do voto do Ministro Teori Zavazcki, Relator do *Habeas Corpus* nº 126292/SP:

(...) A alteração dessa tradicional jurisprudência - que afirmava a legitimidade da execução da pena como efeito da decisão condenatória recorrível - veio de fato a ocorrer, após debates no âmbito das Turmas, no julgamento, pelo Plenário, do HC 84.078/MG, realizado em 5/2/2009, oportunidade em que, por sete votos a quatro, assentou-se que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito da condenação.

(...) O estabelecimento desses limites ao princípio da presunção de inocência tem merecido o respaldo de autorizados constitucionalistas (...) Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e garantias a ele inerentes, bem como

respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Nessa esteira, houve significativa alteração jurisprudencial sobre o momento da execução do título judicial condenatório, carecendo de acolhida o intento dos impetrantes de prevalência da compreensão sobre o tema adotada por este Egrégio Tribunal quando do julgamento do apelo ministerial, porquanto entendimento jurisprudencial não está sujeito à preclusão e tampouco faz coisa julgada.

Ademais, a execução, porque provisória, não ofende, por óbvio, a coisa julgada, mas substancia instrumento garantidor do cumprimento da pena imposta ao apenado, consectário do aresto condenatório.

Os impetrantes apontam a ocorrência de *reformatio in pejus*, ao argumento de que o acórdão condenatório reconheceu expressamente o direito de o paciente apelar em liberdade e, à minguia de sua reforma, não se admite a execução da pena fixada antes do trânsito em julgado.

Razão não se lhes assiste. A confirmação do acórdão condenatório pelas Cortes Superiores não somente atesta restar cumprido o escopo da prevenção geral e específica, impondo-se a justa retribuição da pena derivada, como autoriza a execução da sanção corporal imposta ao paciente.

Consoante o disposto no artigo 637 do Código de Processo Penal, “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”.

Destarte, o início da execução provisória da pena não é faculdade do Juízo da Execução, como querem fazer crer os impetrantes. A norma processual é cogente, determinando, nas hipóteses de interposição de recursos extraordinário ou especial, desprovidos de efeito suspensivo, o traslado de peças processuais com o fito de dar início ao cumprimento da pena privativa de liberdade.

Ademais, as normas processuais penais, bem assim a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84) não conferem margem de discricionariedade ao juízo sobre o início da execução da pena: havendo sentença penal condenatória, executar-se-á, ainda que de forma provisória, nos moldes da segunda parte do artigo 637 do Código de Processo Penal.

Consoante o disposto no artigo 105 da LEP, transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Da leitura artigo 107 da referida lei também se extrai que ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.

Complementando os referidos dispositivos e com a finalidade de garantir a execução provisória das penas aplicadas nas sentenças condenatórias, dispõe o artigo 9º, §2º, da Resolução nº 113, de 20 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça que, estando o processo em grau de recurso, sem expedição da guia de recolhimento provisória, às Secretarias desses órgãos caberão expedi-la e remetê-la ao juízo competente.

Como visto, o procedimento - execução provisória de sentença penal condenatória - encontra guarida legal.

Noutro vértice, a prova pré-constituída demonstra que o paciente vem exercendo o direito à ampla defesa há quase dez anos - o aresto condenatório foi proferido em 2006 - mediante a interposição de 34 (trinta e quatro) recursos ou impugnações (fls.1.636v/1.639v).

O contexto fático torna claro o intento do paciente em procrastinar o trânsito em julgado do aresto condenatório, eximindo-se do cumprimento das penas privativas de liberdade que naquele se lhes foram impostas e objetivando, por via transversa, a ocorrência do advento prescricional.

Os meios e recursos de que dispõe a defesa, se utilizados ao extremo, vale dizer, se empregados, como “in casu”, para protelar o cumprimento do édito condenatório, perdem a natureza que se lhes é peculiar de instrumento capaz de demonstrar a não culpabilidade do acusado e, a isso devido, não se coadunam com o princípio constitucional da presunção de inocência.

Neste tópico, bem consignou a ilustre Procuradora Regional da Republica, “in verbis”:

(...) Se há algo que esse quadro fático evidencia não é que a prisão impugnada viola o princípio da presunção de inocência, mas que o paciente LUIZ ESTEVÃO DE OLIVEIRA NETO vale-se de todos os meios possíveis, abusando do direito de recorrer, para evitar que sua condenação transite em julgado, o que vai de encontro aos fundamentos expostos pelo E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, no qual a Suprema Corte reviu o seu posicionamento para admitir a execução provisória da pena, a partir da condenação em segunda instância, eis que os recursos excepcionais são desprovidos de efeito suspensivo, sem que isso configure violação ao princípio da presunção de inocência (fl.1710).

Deveras, o escopo do Supremo Tribunal Federal, ao rever o seu posicionamento, é garantir o cumprimento das penas fixadas pelos juízes e Tribunais em seus julgados:

(...) cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal-, resgate essa sua inafastável função institucional (trecho do voto do Ministro Teori Zavascki).

Nesse diapasão, a autoridade impetrada cumpriu o seu mister ao dar início à execução da pena imposta ao paciente e, para tanto, determinou a expedição da guia de recolhimento provisória e de mandado de prisão, uma vez que fixado o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda corporal, sem disso resultar constrangimento ilegal.

Ante o exposto, *denego* a ordem.

É o voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

CONFLITO DE JURISDIÇÃO

0010340-22.2016.4.03.0000

(2016.03.00.010340-2)

Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SOROCABA - SP
Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Parte Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Investigada: MARCIA APARECIDA LOPEZ
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO
Classe do Processo: CJ 20593
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/07/2016

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. REMESSA VIA POSTAL PARA EXTERIOR. LOCAL DA APREENSÃO. CONFLITO IMPROCEDENTE.

1. A competência para processar e julgar delito de tráfico transnacional de drogas na modalidade remeter para o exterior via postal é do Juízo Federal do local da postagem da correspondência.
2. Conflito julgado improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *julgar improcedente* o conflito de jurisdição e declarar competente para processar e julgar o feito nº 0013247-85.2015.4.03.6181 o Juízo Federal da 2ª Vara Criminal de Sorocaba/SP, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de julho de 2016.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 2ª Vara Criminal de Sorocaba/SP contra o Juízo Federal da 5ª Vara Criminal de São Paulo/SP, nos autos do Inquérito Policial nº 0013247-85.2015.4.03.6181, em que se apura a prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, c. c. o artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/06 (fls. 02/03).

O Juízo Federal da 5ª Vara Criminal de São Paulo/SP, ao acolher a manifestação do Ministério Público Federal pelo declínio da competência (fls. 11/12), declarou-se incompetente para processar e julgar o caso (fl. 14). Considerou que o delito de tráfico internacional de drogas, de conteúdo misto alternativo, consumou-se no município de Itapetininga/SP, local onde foi feita a postagem da encomenda contendo entorpecente, nos termos dos artigos 70, §2º, e 109, do CPP. Determinou, assim, a remessa dos autos à Subseção Judiciária de Sorocaba/SP.

Neste contexto, os autos do inquérito policial foram distribuídos a 2ª Vara Federal de Sorocaba/SP (fl. 17).

O Juízo Federal da 2ª Vara Criminal de Sorocaba/SP, ao acolher a manifestação do Ministério Público Federal pelo declínio da competência (fls. 20/22), declarou sua incompetência para processar o feito e suscitou o conflito negativo, ao argumento de que a competência é do juízo federal do local onde se consumou a infração, que no caso foi o local da apreensão do entorpecente no município de São Paulo, nos termos da Súmula nº 528 do STJ (fls. 23/25).

Distribuídos os autos a esta Corte Regional, designei o Juízo Suscitante para decidir, provisoriamente, as medidas urgentes (fl. 31).

A Procuradoria Regional da República opinou pela procedência do conflito de jurisdição (fls. 35/36).

É o relatório.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO- Relator

VOTO

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

Trata-se de inquérito policial instaurado perante a 5ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP para apurar eventual prática do crime do artigo 33, *caput* c. c. o artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/06, em razão da apreensão, na Alfândega da Receita Federal do Brasil em São Paulo/SP, de correspondência contendo 0,220g (duzentos e vinte gramas - massa líquida) de cocaína, remetida por Márcia Aparecida Lopez, postada na cidade de Itapetininga/SP com destino à Espanha (conforme Termo de Apreensão de Substâncias Entorpecentes e Drogas Afins nº 497/15, fls. 4/4-verso).

A questão controvertida refere-se à competência para processar e julgar delito de tráfico transnacional de drogas na modalidade *remeter* para o exterior via postal.

O conflito de jurisdição é improcedente.

O artigo 70, *caput*, do Código de Processo Penal prevê que a competência será, em regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração penal.

O crime previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/06 tipifica 18 (dezoito) ações identificadas por diversos verbos. Trata-se de delito de perigo abstrato e de ação múltipla, que se consuma com a prática de qualquer das condutas estabelecidas no tipo.

A conduta de remeter droga via postal ao exterior consuma-se no instante em que a correspondência é postada, sendo mero exaurimento do crime a entrega ao destinatário.

Frise-se que não é o caso de aplicação, por analogia, da Súmula nº 528 do STJ que dispõe

Compete ao juiz federal do local da apreensão da droga remetida do exterior pela via postal processar e julgar o crime de tráfico internacional.

Isso porque, a conduta importar consuma-se no instante em que a correspondência contendo droga entra no território nacional, consubstanciada na apreensão da droga.

No particular, a droga (0,220g de cocaína) foi postada em Itapetininga/SP (TASEDA nº 497/15 fls. 04/07 e Auto de Apreensão fl. 08), cidade com jurisdição estabelecida na Subseção

Judiciária de Sorocaba/SP, razão pela qual o Juízo Federal de Sorocaba/SP é competente.

Ante o exposto, *JULGO IMPROCEDENTE* o conflito de jurisdição e declaro competente para processar e julgar o feito nº 0013247-85.2015.4.03.6181 o Juízo Federal da 2ª Vara Criminal de Sorocaba/SP.

É o voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

Direito Tributário



APELAÇÃO CÍVEL
0012066-26.2000.4.03.6100
(2000.61.00.012066-3)

Apelante: ASSOCIAÇÃO DAS TESTEMUNHAS CRISTÃS DE JEOVÁ
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 22ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA LEILA PAIVA MORRISON
Classe do Processo: AC 1300318
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/07/2016

EMENTA

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE REMESSAS A TÍTULO DE DOAÇÃO EM DINHEIRO. REGULAMENTO DO IMPOSTO DE RENDA. ARTIGO 690, INC III. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 7.713/1988, ARTIGO 6º, INC. XVI. ISENÇÃO CONCEDIDA A PESSOA FÍSICA. IMUNIDADE GENÉRICA. TEMPLO DE QUALQUER CULTO. ART. 150, INCISO VI, LETRA “B” E § 4º, DA CR/88. LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE TRIBUTAR MEDIANTE A CRIAÇÃO DE IMPOSTOS SOBRE O PATRIMÔNIO, A RENDA OU OS SERVIÇOS. IRRF. REMESSAS AO EXTERIOR PARA ENTIDADES RELIGIOSAS QUE PROFESSAM MESMA CRENÇA RELIGIOSA. FINALIDADES ESSENCIAIS. PROVA DOCUMENTAL. LEI COMPLEMENTAR. CTN ARTIGO 9º. NÃO APLICAÇÃO DO ARTIGO 14, QUE SE LIMITA A DISCIPLINAR AS IMUNIDADES DO ARTIGO 150, VI, LETRA “C” DA CR/88. SUCUMBÊNCIA RECIPROCA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. A autora pretende seja declarada a inexistência de relação jurídico tributária fundada: a) no instituto da não incidência propriamente dita, decorrente da ausência de ocorrência da hipótese de incidência descrita na lei, com fulcro no artigo 690, inciso III, do Decreto nº 3.000, de 1999, o RIR/99; e, ainda, b) na imunidade genérica dos templos de qualquer culto, prevista no artigo 150, inciso VI, alínea “b” e § 4º, da Constituição da República.

2. A autora realizou, no período de 1999 a 2005, remessas para auxiliar na manutenção de associações Testemunhas de Jeová, situadas em países com instabilidade econômica, razão pela qual pede seja beneficiada pela não incidência quanto à exigência do recolhimento do IRRF, nos termos da norma do artigo 690, inciso III, do RIR/99.

3. Entretanto, norma infralegal não pode conceder favor fiscal, pois quaisquer benesses devem decorrer da norma legal específica, conforme preconiza o artigo 150; § 6º, da CR/88. Ademais, devem ser interpretadas restritivamente, na forma do artigo 111, do CTN.

4. A incidência do IRRF tem fulcro na norma do artigo 97, letra “a”, do Decreto-Lei nº 5.844, de 23.9.1943, que foi regulamentada pelo artigo 682, I, do RIR/99. Logo, a referência ao favor fiscal não pode ter supedâneo exclusivamente no comando do artigo 690, III, até porque essa norma decorre da isenção concedida pela Lei nº 7.713/88 sobre os valores recebidos a título de doação, exclusivamente, por pessoas físicas.

5. Outra é a situação sob o manto da imunidade genérica dos templos de qualquer culto, concebida nos termos do artigo 150, VI, letra “b” e § 4º, da CR/88. Essa limitação

ao direito de tributar decorre da proteção à liberdade de consciência e crença, direitos fundamentais assegurados pelo Texto Magno em seu artigo 5º, incisos VI a VIII, que contêm norma de eficácia plena, com aplicabilidade direta e imediata.

6. A Constituição de 1824 (art. 179, XV) não admitia a isenção de nenhum contribuinte. A Constituição de 1891 (aet. 11, §2º); assim como a de 1934 (art. 17,II) e a Carta de 1937 (art 32, “b”) vedavam o embaraço a cultos religiosos. A Constituição de 1946 (art. 31, V, “b”) criou a imunidade genérica dos templos, com caráter objetivo. Sobreveio a Emenda Constitucional nº 18/65 (art. 2º, IV, “b”) que passou a referir os templos de qualquer culto em item específico. A Constituição de 1967 (art. 20, III, “b”) e a EC nº 1/69 (art. 19, III, “b”) mantiveram a imunidade. A Constituição de 1988 (art. 150, VI, “b” e § 4º) amplia a imunidade para abarcar as entidades representativas dos templos de qualquer culto, concedendo-lhes caráter subjetivo, para fins de imunizá-las dos impostos incidentes sobre patrimônio, renda e serviços, relativos às suas atividades essenciais.

7. O legislador constituinte de 1988 descolou a imunidade dos templos de qualquer culto daquela destinada aos partidos políticos, sindicatos, instituições de educação e assistência. De modo que, não obstante o § 4º do inciso VI do artigo 150 estabeleça tratamento semelhante no que toca às finalidades essenciais, não existe referência à necessidade de lei para disciplinar as características intrínsecas dos templos, como ocorre com o comando da letra “c” do artigo 150.

8. A Lei nº 5.172, de 25.10.1966, denominada como “Código Tributário Nacional”, foi recepcionada pela CR/88 e tem a atribuição de regulamentar as imunidades, com força de lei complementar, pelo teor dos incisos II e III do artigo 146 da Constituição. Precedentes do Colendo Supremo Tribunal Federal.

9. O artigo 9º do CTN faz referência às imunidades constitucionais, já a norma do artigo 14 destina-se, expressamente, a estabelecer condições à imunidade prevista no artigo 150, VI, letra “c”, não fazendo menção à letra “b”.

10. As normas complementares do CTN decorrem da EC nº 18, de 1965. Nesse sentido, poder-se-ia cogitar que a mudança de paradigma decorreu da obra do Poder Constituinte derivado de 1965, que entendeu por bem abandonar a referência, antes expressa, no texto originário do artigo 31, V, “b”, da CF de 1946, à necessidade de aplicação da totalidade das rendas dos templos no território nacional.

11. Em princípio, foi essa a razão, qual seja: a natureza objetiva da imunidade genérica dos templos, que conduziu o legislador da Lei nº 5.172, de 25.10.1966, a não se preocupar em referir no comando do *caput* do artigo 14 que as condições estabelecidas em seus incisos I a III, deveriam alcançar também os templos. Note-se que a referência unicamente à “alínea c do inciso IV do artigo 9º” criou condições ao exercício da imunidade - somente - aos partidos políticos e de instituições de educação ou de assistência social, pois estes, sim, gozavam de imunidade genérica *subjetiva* que abarcava o patrimônio, renda e serviços, razão pela qual a benesse constitucional deveria ser limitada. Daí a referência ao requisito consistente na necessidade de “aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais”.

12. Na atualidade, entretanto, deve ser superada essa interpretação restritiva da imunidade dos templos, eis que, a partir da Constituição de 1988, foi agregada à designação dos templos de qualquer culto o termo entidade, de sorte que o legislador constituinte operou em verdadeira ampliação com relação ao âmbito de abrangência da imunidade fiscal a eles designada. Inseriu-se, em contrapartida ao alargamento da

imunidade, que passou a referir genericamente a entidade, a limitação ao patrimônio, à renda e aos serviços.

13. O Congresso Nacional não estabeleceu, até o momento, nenhuma diretriz ou limitação a esse respeito, que pudesse obstar ou limitar o direito da autora. A CF/88 exige a única condição ao gozo da imunidade genérica dos templos, quanto aos impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, qual seja: o exercício de suas finalidades essenciais.

14. A autora demonstrou que os seus objetivos institucionais estão voltados a atividades voltadas às “finalidades essenciais do templo”, conforme determinado pelo § 4º do artigo 150 da norma constitucional, as quais, por sua vez, vão ao encontro do previsto no artigo 5º, incisos VI a VIII, da Constituição, uma vez que dizem respeito à busca da inviolável liberdade de consciência e de crença.

15. Estabelecendo-se uma comparação entre a imunidade recíproca das pessoas jurídicas de direito público, prevista no artigo 150, inciso VI, letra “a”, com a genérica dos templos de qualquer culto, evidencia-se que a primeira não encontra sequer um óbice ao seu gozo, bastando a existência da pessoa jurídica de direito público, a saber: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. A imunidade genérica dos templos, por sua vez, enfrenta apenas um óbice, consistente na prova que a sua renda, o seu patrimônio e os seus serviços estão intimamente relacionados com as suas finalidades essenciais.

16. O imposto sobre a renda, cuja competência foi atribuída à União, na forma do artigo 153, inciso III, foi disciplinado pelo CTN em seu artigo 43, incisos I e II, cujas normas estabelecem o conteúdo da hipótese de incidência. A essência do conceito de renda dos templos abarca os valores recebidos, diretamente, a título de doações dos fiéis, ou, indiretamente, a partir das aplicações financeiras dessas doações, para fins de preservação de seu valor e, assim, do patrimônio da entidade religiosa.

17. Ora, se esses valores são imunes, eis que decorrem de atividades reconhecidamente inerentes ao papel do templo, a aplicação desses mesmos valores não pode configurar ocorrência do fato gerador tributário, no caso, do imposto de renda. É que essas importâncias decorrem da função social exercida pelos templos, logo, a aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica de renda não ocorre com relação a esses valores, pois o fenômeno da imunidade afasta o direito de tributar na União na sua essência, impedindo-o de nascer com relação à entidade imune.

18. A decisão quanto à aplicação desses mesmos valores, em objetivos que evidenciam as finalidades essenciais do templo, também impede a ocorrência da hipótese de incidência tributária do imposto de renda dos templos de qualquer culto, eis que de renda não se tratam. Não há incremento de patrimônio, nem tampouco aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, uma vez que os objetivos perseguidos também são imunizados.

19. A autora desincumbiu-se de demonstrar o estrito cumprimento da condição constitucional consistente no cumprimento de suas finalidades essenciais, conforme delineada pelas normas do artigo 150, inciso VI, letra “b” e § 4º do Texto Magno, trazendo aos autos farta documentação a indicar, nos diversos volumes de documentos, já referidos, a aplicação estritamente voltada à difusão da fé cristã, razão por que faz jus ao reconhecimento da imunidade tributária aplicável a todas as remessas documentadas no presente feito.

20. Considerando a fundamentação acima desenvolvida, bem assim os documentos

trazidos aos autos pela autora, é de se acolher em parte o pedido inicial, com fulcro nas normas do artigo 150, inciso VI, letra “b” e § 4º, da Constituição da República, que consagram a *imunidade genérica subjetiva dos templos de qualquer culto quanto ao recolhimento de impostos*, para fins de declarar a inexistência de relação jurídica tributária no que toca ao Imposto de Renda na Fonte sobre as remessas de valores destinadas às instituições religiosas das Testemunhas de Jeová localizadas no exterior, com a finalidade de “difundir os ensinamentos e as verdades da Bíblia em toda a Terra e efetuar obras de caridade e de ajuda humanitária”, conforme as provas documentais apresentadas nestes autos, consideradas aptas a comprovar, efetivamente, a aplicação dos valores às finalidades essenciais da entidade religiosa autora.

21. Fixo o ônus da sucumbência reciprocamente, em atenção ao artigo 21 do Código de Processo Civil de 1973 e do artigo 14 do Código de Processo Civil de 2015.

22. Apelação parcialmente provida.

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 junho de 2016.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON (Relatora):

Trata-se de recurso de apelação interposto pela ASSOCIAÇÃO DAS TESTEMUNHAS CRISTÃS DE JEOVÁ contra a r. sentença proferida nesta ação declaratória, sob procedimento ordinário, promovida em face da UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) objetivando a declaração de inexistência de relação jurídica que obrigue a autora, ora apelante, ao recolhimento do Imposto de Renda retido na fonte - IRRF, incidente sobre a remessa de valores a título de doação em prol de entidades representativas das Testemunhas de Jeová no exterior.

A autora aduz em sua petição inicial que é instituição de caráter exclusivamente religioso, estabelecida com o propósito de disseminar a mensagem da Bíblia e propagar a fé cristã, nos termos do artigo 2º de seu Estatuto Social.

Nessa condição, recebe doações oferecidas pelos fiéis, por meio de coletas nos locais de culto, bem como donativos, conforme consta de seu balanço social e de sua declaração de rendimentos, regularmente oferecida à Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Destaca que a suas atividades transcendem os limites do território nacional, tendo em vista a sua obra missionária mundial. Assim, para auxiliar os trabalhos das organizações Testemunhas de Jeová em diversos países, dentre eles: Gana, Moçambique, Angola, Croácia, Nigéria, Venezuela, Bolívia, Haiti, Nicarágua, Paraguai, Benin, Colômbia, Congo e Honduras, a autora narra que remeteu, com o crivo do Banco Central do Brasil, valores conforme os documentos que apresenta com a inicial. Essas doações foram deliberadas por Assembleias e regis-

tradas nas respectivas Atas de reunião.

Esclarece que os recursos decorrem exclusivamente de contribuições voluntárias e doações dos fiéis, e tem por finalidade a disseminação do Evangelho a pessoas carentes, especialmente em localidades devastadas por guerras, distúrbios políticos e sociais, catástrofes naturais e outras calamidades, locais esses que o desespero das pessoas pode diminuir o exercício da fé religiosa.

Relata que, em 7.12.1999, formulou consulta à Secretaria da Receita Federal (fls. 142/146) requerendo o reconhecimento da não incidência tributária com fulcro no artigo 690, inciso III, do Decreto nº 3.000/99, o Regulamento do Imposto de Renda/99, bem como na imunidade tributária prevista no artigo 150, inciso VI, letra “b” da Constituição da República. Em resposta à consulta, a Superintendência Regional da Receita Federal da 8ª Região Fiscal (fls. 148/150) manifestou-se, em 7.1.2000, exarando o entendimento, firmado no artigo 111 do Código Tributário Nacional, no sentido de que a não incidência prevista no artigo 690, inciso III, do RIR/99 recai somente sobre as “doações relativas ao produto da alienação de bens havidos por herança ou doação”, bem assim de que a imunidade prevista no artigo 150, inciso VI alínea “b” e § 4º, da Constituição, aplica-se a templos de qualquer culto no território nacional.

A autora apresentou com a petição inicial os seguintes comprovantes de autorização para venda de câmbio pelo Banco Central do Brasil:

- *documento 05*, Banco Central do Brasil nº 9907506768, fls. 67, datado de 09/11/1999 - beneficiário: Watch Tower Bible & Tract Society of Pennsylvania - Ghana, no valor de US\$ 15.000,00 (R\$ 28.500,00 - Banco Sudameris Brasil S/A, fls. 68, em 06/12/1999);

- *documento 07*, Banco Central do Brasil nº 9907506774, fls. 82, datado de 09/11/1999 - beneficiário: Testemunhas de Jeová de Moçambique - Moçambique, no valor de US\$ 20.000,00 (R\$ 37.520,00 - Banco Citibank S/A, fls. 83);

- *documento 08*, Banco Central do Brasil nº 9907506773, fls. 92, datado de 09/11/1999 - beneficiário: Associação das Testemunhas de Jeová - Angola, no valor de US\$ 20.000,00 (R\$ 38.000,00 - Banco Sudameris Brasil S/A, fls. 93, em 06/12/1999);

- *documento 09*, Banco Central do Brasil nº 9907506772, fls. 102, datado de 09/11/1999 - beneficiário: Jehovini Svejedoci - Croácia, no valor de US\$ 15.000,00 (R\$ 28.140,00 - Banco Citibank S/A, fls. 103, em 06/12/1999);

Totalizando em dezembro de 1999 o valor de US\$ 70.000,00 e R\$ 132.000,00.

- *documento 06*, Banco Central do Brasil nº 0007500139, fls. 73, datado de 07/01/2000 - beneficiário: Watch Tower Bible And Tract Society - Nigéria, no valor de US\$ 10.000,00 (R\$ 18.150,00 - Banco Citibank S/A, fls. 74, em 20/01/2000),

- *documento 07*, Banco Central do Brasil nº 0007500131, fls. 84, datado de 07/01/2000 - beneficiário: Testemunhas de Jeová de Moçambique - Moçambique, no valor de US\$ 40.000,00 (R\$ 72.600,00, Banco Citibank S/A, fls. 85);

- *documento 08*, Banco Central do Brasil nº 0007500128, fls. 94, datado de 07/01/2000 - beneficiário: Associação das Testemunhas de Jeová - Angola, no valor de US\$ 40.000,00 (R\$ 71.800,00 - Banco Sudameris Brasil S/A, fls. 95, em 20/01/2000);

- *documento 09*, Banco Central do Brasil nº 0007500130, fls. 106, datado de 07/01/2000 - beneficiário: Jehovini Svejedoci - Croácia, no valor de US\$ 30.000,00 (R\$ 54.450,00, Banco Citibank S/A, em 20/01/2000, fls. 105);

- *documento 10*, Banco Central do Brasil nº 9907506774, fls. 110, datado de 09.11.1999 -

beneficiário: Sociedad de Los Testigos de Jehova - Venezuela, no valor de US\$ 50.000,00 (R\$ 89.750,00, Banco Sudameris Brasil S/A, em 20/01/2000, fls. 111);

Totalizando em janeiro de 2000 o valor de US\$ 170.000,00 e R\$ 306.750,00.

- *documento 05*, Banco Central do Brasil nº 0007501114, fls. 69, datado de 15/02/2000 - beneficiário: Watch Tower Bible & Tract Society of Pennsylvania - Ghana, no valor de US\$ 45.000,00 (R\$ 79.110,00, fls. 27);

- *documento 06*, Banco Central do Brasil nº 0007501112, fls. 75, datado de 15/02/2000 - beneficiário: Watch Tower Bible & Tract Society of Pennsylvania - (LTD/GTE) - Nigéria, no valor de US\$ 30.000,00 (R\$ 52.650,00, fls. 27);

- *documento 07*, Banco Central do Brasil nº 0007501110, fls. 86, datado de 15/02/2000 - beneficiário: Testemunhas de Jeová de Moçambique - Moçambique, no valor de US\$ 20.000,00 (R\$ 35.100,00, fls. 27);

- *documento 08*, Banco Central do Brasil nº 0007501102, fls. 96, datado de 15/02/2000 - beneficiário: Associação das Testemunhas de Jeová - Angola, no valor de US\$ 20.000,00 (R\$ 35.160,00, fls. 27);

- *documento 09*, Banco Central do Brasil nº 0007501107, fls. 104, datado de 15/02/2000 - beneficiário: Jehovini Svejedoci - Croácia, no valor de US\$ 15.000,00 (R\$ 26.325,00, fls. 27);

- *documento 11*, Banco Central do Brasil nº 0007501104, fls. 115, datado de 15.02.2000 - beneficiário: Watch Tower Bible & Tract Society of Pennsylvania - Bolívia, no valor de US\$ 40.000,00 (R\$ 70.200,00, fls. 27);

- *documento 12*, Banco Central do Brasil nº 0007501108, fls. 119, datado de 15.02.2000 - beneficiário: Association Chrétienne Les Témoins de Jehovah D'Haiti - Haiti, no valor de US\$ 40.000,00 (R\$ 70.200,00, fls. 27);

- *documento 13*, Banco Central do Brasil nº 0007501111, fls. 123, datado de 15.02.2000 - beneficiário: Watch Tower Bible & Tract Society of Pennsylvania - Nicaragua, no valor de US\$ 40.000,00 (R\$ 70.200,00, fls. 27);

- *documento 14*, Banco Central do Brasil nº 0007501113, fls. 125, datado de 15.02.2000 - beneficiário: Asociación Torre de Vigia de Biblias y Tratados - Paraguay, no valor de US\$ 40.000,00 (R\$ 70.200,00, fls. 27);

- *documento 15*, Banco Central do Brasil nº 0007501103, fls. 128, datado de 15.02.2000 - beneficiário: Watch Tower Bible & Tract Society of Pennsylvania - Benin, no valor de US\$ 20.000,00 (R\$ 35.160,00, fls. 27);

- *documento 16*, Banco Central do Brasil nº 0007501105, fls. 132, datado de 15.02.2000 - beneficiário: Iglesia Cristiana de Los Testigos de Jehová - Colômbia, no valor de US\$ 40.000,00 (R\$ 70.320,00, fls. 27);

- *documento 17*, Banco Central do Brasil nº 0007501106, fls. 135, datado de 15.02.2000 - beneficiário: A. S. B. L. Les Témoins de Jéhovah - R. D. Congo, no valor de US\$ 60.000,00 (R\$ 105.480,00, fls. 27);

- *documento 18*, Banco Central do Brasil nº 0007501109, fls. 139, datado de 15.02.2000 - beneficiário: Watch Tower Bible & Tract Society of Pennsylvania - Honduras, no valor de US\$ 40.000,00 (R\$ 70.320,00, fls. 27);

Totalizando em fevereiro de 2000 o valor de US\$ 450.000,00 e R\$ 790.425,00.

Dos documentos acostados aos autos extrai-se que as doações da autora se iniciaram

em 1999 e se prorrogaram, durante a tramitação do feito em primeiro grau de jurisdição, até 2005. A autora fez a *comprovação dos depósitos judiciais* para fins de suspender a exigibilidade do crédito tributário, na forma do artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional, juntando aos autos os documentos referentes ao imposto de renda retido na fonte - IRRF controvertido, incidente sobre outras remessas autorizadas pelo Banco Central do Brasil, conforme as petições de fls. 153/155, 157/186, 191/195, 197/226, 230/259, 267/296, 322/351, 353/382, 384/413, 415, 417/418, 420/467, 469/573, 575/622, 624/674, 678/727, 729/783, 785/832, 834/881, 885/924, 928/934, 949/995, 997/1023, 1025/1051, 1053/1079, 1081/1107, 1109/1172, 1174/1227, 1232/1259, 1292/1289, 1292/1319, 1322/1375, 1379/1406, 1419/1459, 1462/1502, 1506/1533 e 1541/1582.

A UNIÃO apresentou a sua *contestação* a fls. 261/265 aduzindo, em síntese, que o artigo 690, inciso III, do Decreto nº 3.000/99, prevê isenção de imposto de renda que se aplica apenas ao produto da alienação de bens havidos por herança ou doação, por residente ou domiciliado no exterior. Da mesma forma, no que concerne à imunidade dos templos de qualquer culto, ressalta que esta se aplica somente no território nacional, não existindo respaldo para a sua ampliação. Justifica, ainda, que a isenção fiscal deve ser interpretada literalmente, conforme determina o artigo 111, inciso II, do Código Tributário Nacional. Pede, por fim, tendo em vista o princípio da eventualidade da defesa, a condenação de honorários na forma do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973.

A réplica da autora foi apresentada às fls. 301/320.

A autora acostou aos autos cópias autenticadas das cartas de prestações de contas das ajudas financeiras enviadas às entidades do Congo, Perú e Rússia às fls. 1585/1591, às entidades do Angola, Benin, Bolívia, Colômbia, Congo, Equador, Gana, Haiti, Moçambique, Nicarágua, Perú, Quênia, Rússia e Zâmbia às fls. 1594/1631 e às entidades da Croácia, Filipinas, Nigéria, Paraguai, República Tcheca e Ucrânia às fls. 1634/1661.

A r. *sentença* prolatada a fls. 1.665/1.671), conhecendo do pedido e julgou-o improcedente, fixando os honorários advocatícios em 10% do valor do causa, com a determinação de que, após o trânsito em julgado, os depósitos efetuados nos autos fossem convertidos em renda da União.

Foram opostos embargos de declaração pela autora (fls. 1.765/1.771).

Foram acolhidos os aclaratórios, sobrevindo a nova r. *sentença* de fls. 1.776/1.784, pela qual o MM. Juízo *a quo*, para fins de considerar os “documentos juntados pela autora, através da petição protocolada em 19/03/2004 não haviam sido objeto de análise quando da prolação da *sentença*”. No mérito, contudo, o pedido foi julgado improcedente.

A autora insurgiu-se mediante recurso de *apelação* que veio a fls. 1793/1810, aduzindo em suas razões que:

a) a r. *sentença* condicionou a imunidade dos templos religiosos à aplicação de seus recursos no território nacional, o que afronta a Constituição Federal.

b) a imunidade dos templos de qualquer culto é incondicionada e ajustada ao princípio constitucional do livre exercício dos cultos religiosos, sendo descabida a imposição de quaisquer requisitos para a correspondente fruição.

c) todas as receitas auferidas pela recorrente advêm de donativos voluntários, que invariavelmente são empregados para a respectiva atividade-fim, esta que, por sua vez, possui abrangência internacional, segundo dispõe seu estatuto.

d) as entidades internacionais representativas das Testemunhas de Jeová, favorecidas pelas doações realizadas, são inequivocamente carentes e vulneráveis, situadas em países de notória pobreza, sendo dever moral e objetivo estatutário da apelante auxiliá-las, razão pela qual não restam dúvidas que as doações empregadas consubstanciam atividade inerente à natureza da recorrente, tratando-se de atividade típica.

e) por isso, as doações estão acobertadas pelo manto da imunidade tributária, sendo irrelevantes as restrições territoriais reconhecidas no *decisum* vergastado.

f) se isso não fosse suficiente, as doações objeto da presente ação estariam abrangidas pela não incidência de IRRF, pela norma contida no art. 690, III, do Decreto 3.000/99.

g) a r. sentença recorrida, ao não aplicar ao caso o referido Decreto 3.000/99, partiu de falsa premissa segundo a qual a “isenção” prevista no art. 690, III, não alcançaria a doação em dinheiro, mas apenas as relativas a “bens”. Porém, a exata acepção jurídica da palavra “bens” leva a concluir que recursos em dinheiro, efetivamente, representam espécie daquele gênero.

h) outrossim, entende que a interpretação laborou em equívoco, desfavoravelmente à apelante, pois não se aproveita a invocação dos termos da Solução de Consulta nº 07 RF 219/02, pois é irrelevante no contexto da lide se a entidade beneficiária da doação é de assistência humanitária ou de caráter religioso, pois o que sobressai é que a regra de não incidência contida no art. 690, III, do Decreto 3.000/99, abrange “dinheiro” como bem.

i) requereu a inversão do julgado, para que declarada a inexistência de relação jurídico-tributária entre a apelante e a Fazenda Nacional no caso ora sob análise.

A apelação foi recebida somente no efeito devolutivo (fls. 1.792).

A UNIÃO apresentou *contrarrrazões* de apelação a fls. 1.816/1.818.

Os autos foram remetidos a esta E. Corte Regional.

A apelante requereu, a fls. 1.821/1.858, o provimento monocrático do apelo, reconhecendo-se existência de fato superveniente apto a interferir no julgamento, na forma do artigo 462 do Código de processo Civil de 1973, em razão do advento da “Solução de Divergência nº 16” da Coordenadoria-Geral de Tributação da RFB, pela qual, segundo entendeu a recorrente, decidiu-se que o valor em espécie (dinheiro) é bem móvel e fungível e está incluído no campo semântico do termo “bens”, constante do art. 690, III, do RIR/99.

Foi aberta vista à União (Fazenda Nacional), que refutou os argumentos despendidos na aludida petição, alegando que “[...] malgrado tenha a Receita Federal efetivamente reconhecido que ‘valor em espécie (dinheiro) é bem móvel e fungível e está incluído no campo semântico do termo “bens” constante do art. 690, inciso III, do RIR/99’, como salientado pela apelante, também reconheceu, logo em seguida, que o ‘inciso III do art. 690 do RIR aplica-se, unicamente, nas hipóteses em que o destinatário da remessa é pessoa física’ [...]”.

Em nova manifestação (fls. 1.903/1.926), a apelante reiterou seus argumentos no sentido do provimento deste recurso.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON (Relatora):

A questão cinge-se em saber se a parte autora, ora apelante, na qualidade de entidade religiosa sem fins lucrativos, tem direito a se desobrigar do recolhimento à UNIÃO do Imposto de Renda Retido na Fonte, doravante IRRF, incidente sobre doações de valores a entidades representativas das Testemunhas de Jeová no exterior.

O pedido inicial, julgado improcedente pela r. sentença, tem por objetivo a declaração de inexistência de relação jurídico tributária fundada, primeiro, no artigo 690, inciso III, do Decreto nº 3.000, de 1999, o Regulamento do Imposto de Renda de 1999, doravante RIR/99, e, segundo, no artigo 150, inciso VI, alínea “b” e § 4º, da Constituição da República.

Verifica-se, portanto, que o pleito de reconhecimento da não incidência do IRRF tem por supedâneo a consideração de dois institutos jurídicos relacionados a não incidência fiscal, a saber: a) a não incidência propriamente dita, decorrente da ausência de ocorrência da hipótese de incidência descrita na lei; e b) a imunidade tributária, a não incidência constitucional que afasta o direito de tributar, no presente caso, da União.

Vejamos.

1. Da não incidência legal

A autora realizou, no período de 1999 a 2005, remessas para auxiliar na manutenção de associações de Testemunhas de Jeová situadas em países com instabilidade econômica, razão pela qual pede seja beneficiada pela não incidência quanto à exigência do recolhimento do IRRF, nos termos da norma do artigo 690, inciso III, do RIR/99.

Aduziu que realizou consulta à Secretaria da Receita Federal do Brasil, cujo resultado lhe foi desfavorável, razão pela qual pede seja acolhido o seu pleito quanto à não incidência tributária. Acrescentando, a favor de seu pleito, já em sede de apelação, eis que os autos se encontravam neste Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que a Autoridade Fiscal teria revisto o seu entendimento, o qual foi pacificado nos termos resultantes da Solução de Divergência nº 16 - COSIT, de 26.11.2007.

Eis a Solução de Divergência nº 16 - COSIT, de 26.11.2007, por meio da qual a Secretaria da Receita Federal do Brasil manifestou-se conclusivamente segundo a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Remessas para o exterior. Heranças e doações.

Valor em espécie (dinheiro) é bem móvel e fungível e está incluído no campo semântico do termo “bens” constante do art. 690, inciso III, do RIR/99.

O inciso III do art. 690 do RIR/99 aplica-se, unicamente, na hipótese em que o destinatário da remessa seja pessoa física.

O entendimento exarado partiu da interpretação do teor da norma do artigo 690, inciso III, do RIR/99, *in verbis*:

Art. 690. Não se sujeitam à retenção de que trata o art. 682 as seguintes remessas destinadas ao exterior:

(...)

III - os valores dos bens havidos, por herança ou doação, por residente ou domiciliado no exterior;

Cabe aferir, portanto, se a remessa ao exterior a título de doação estaria acobertada pela não incidência legalmente qualificada, que configura mera não incidência fiscal, por ausência

da prática do elemento objetivo do fato gerador. A providência demanda examinar se foi praticado o núcleo da hipótese de incidência fiscal, o fato da vida que, uma vez verificado, evidencia capacidade econômica, desafiando, a partir de então, a incidência da norma fiscal que se subsume ao caso concreto e, somente por razões excepcionais, poderá ser afastada, se constatada a inexistência de capacidade contributiva.

As remessas realizadas pela autora no período de 1999 a 2005, para auxiliar na manutenção de associações Testemunhas de Jeová situadas em países com instabilidade econômica, não podem ser submetidas ao mesmo tratamento dispensado pela Solução de Divergência nº 16 - COSIT, de 26.11.2007, nem tampouco configuram hipótese de não incidência.

É verdade que a Autoridade Fiscal acabou por admitir que a referência à doação de bem abarca, necessariamente, a espécie de bem fungível - dinheiro.

Entretanto, a norma infralegal não pode conceder favor fiscal, pois quaisquer benesses devem decorrer da norma legal específica, conforme preconiza o artigo 150, § 6º, da Constituição da República, *in verbis*:

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

Ademais, por força do artigo 111 do Código Tributário Nacional, a lei que estabelecer favor fiscal será interpretada restritivamente, Veja-se:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:
I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;
II - outorga de isenção;
III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Portanto, a referência à norma do artigo 690, inciso III do RIR/99, como supedâneo à não incidência pretendida pela autora, não se sustenta.

Veja-se que o *caput* do artigo 690 faz referência ao artigo 682, ambos do RIR/99, pois este contém a disciplina da regra de incidência que se quer afastar, dispondo em seu inciso I, *in verbis*:

Art. 682. Estão sujeitos ao imposto na fonte, de acordo com o disposto neste Capítulo, a renda e os proventos de qualquer natureza provenientes de fontes situadas no País, quando percebidos:
I - pelas pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 97, alínea “a”);

Portanto, a pretendida incidência do IRRF sobre as remessas da autora decorre da norma do artigo 97, letra “a”, do *Decreto-Lei nº 5.844, de 23.9.1943*, que dispõe, *in verbis*:

Art. 97. Sofrerão o desconto do imposto à razão de 15% os rendimentos percebidos. (Redação dada pela Lei nº 154, de 1947)
a) pelas pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no estrangeiro.

Logo, somente diploma normativo da mesma estatura, vale dizer, outra lei, ou a verificação de ocorrência de imunidade fiscal constitucional poderia desonerar os contribuintes com relação ao recolhimento do IRRF. Assim, constata-se que a exoneração referida no artigo 690, inciso III, do RIR/99, nada mais é do que o fruto do direito de regulamentar, exercido com relação à norma do artigo 6º, inciso XVI, da Lei 7.713, de 1988, que dispõe:

Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguinte rendimentos percebidos por pessoas físicas:
 (...)

 XVI - o valor dos bens adquiridos por doação ou herança;

Trata-se, na verdade, de isenção tributária concedida a pessoas físicas, de sorte que não se encontra supedâneo jurídico válido à alegação da autora com relação ao seu direito, referido na petição inicial, de que poderia remeter valores a título de doação ao exterior, com fulcro no artigo 690, inciso III, do RIR/99.

Portanto, não há que se falar tampouco em reconhecimento do pedido por parte da UNIÃO, conforme pretendido.

2. Da imunidade tributária

A autora, de outra parte, roga seja-lhe reconhecido, sob o manto da imunidade tributária dos templos de qualquer culto, o direito de efetuar remessas de valores ao exterior, a título de doação, a outras entidades representativas da crença religiosa das Testemunhas de Jeová em outras partes do mundo, independentemente da retenção na fonte do Imposto de Renda.

A UNIÃO se opõe afirmando que a imunidade tributária dos templos de qualquer culto está restrita ao território nacional.

Impõe-se aferir, portanto, se o direito à imunidade tributária pode abarcar a remessa de valores ao exterior destinada ao exercício de sua obra missionária, com fulcro no artigo 150, inciso VI, letra “b” e § 4º, da Constituição da República de 1988, bem assim quais as condições ao seu exercício.

A imunidade tributária dos templos decorre da proteção à liberdade de consciência e crença, direitos fundamentais assegurados pela Constituição em seu artigo 5º, incisos VI a VIII, que contêm normas de eficácia plena, com aplicabilidade direta e imediata, nos seguintes termos:

Art. 5º (...)
 VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
 VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;
 VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; (...)
 § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Esses comandos configuram o alicerce e a razão da proteção dos templos de qualquer culto sob a forma de vedação constitucional à cobrança de impostos. As normas relacionadas à imunidade tributária têm sede na Constituição, pois configuram regras que negam ou afastam o poder de tributar do Estado. Tanto assim que a imunidade genérica, na qual se inclui a dos

templos, foi inserida no Título VI da Constituição, no Capítulo I, na Seção intitulada “Das Limitações ao Poder de Tributar”, exatamente porque as suas normas têm, por natureza, função de excepcionar o direito que foi conferido às pessoas jurídicas de direito público, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de elaborar leis prevendo a criação de obrigação jurídico tributária para a cobrança de impostos.

Ensina a eminente professora e desembargadora federal Diva Malerbi que: “É, assim, a competência tributária limitada no seu nascedouro, tanto pelas normas autorizativas do exercício do poder de tributar quanto pelas vedações também expressas no texto constitucional, conformadoras dos limites em que esse poder deverá ser exercido.

A natureza do instituto da imunidade se revela pela disciplina estrita do exercício do poder de tributar pela Constituição Federal: as imunidades balizam, pela demarcação constitucional do seu âmbito de atuação, a competência tributária, definindo uma área subtraída do campo tributável. As pessoas políticas não têm competência para editar leis que instituem tributos sobre os fatos, pessoas ou bens imunizados, subtraídos à tributação. *As imunidades configuram normas constitucionais que indicam as situações sobre as quais não tem o legislador infraconstitucional competência tributária.* Imunidade Tributária. DIVA MALERBI. In: Ives Gandra da Silva Martins (Coordenador). Imunidades Tributárias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998, - (Pesquisas Tributárias. Nova série; n. 4), p. 70.

2.a. A imunidade dos templos na Constituição

A imunidade tributária dos templos nem sempre esteve presente na ordem jurídica nacional.

A *Constituição de 1824* previa em seu artigo 179, inciso XV, que “Ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado em proporção dos seus haveres.”

A *Constituição de 1891* vedava, em seu artigo 11, §2º, embarçar os cultos religiosos, assim também a *Constituição de 1934*, em seu artigo 17, II, e a *Carta de 1937*, em seu artigo 32, letra “b”.

O instituto da imunidade dos templos ganha estatura de norma constitucional expressa com a *Constituição de 1946*, que estabelecia em seu artigo 31, inciso V, letra “b”, que as imunidades dos impostos com relação aos templos estavam condicionadas, expressamente, à aplicação de suas rendas integralmente no País para cumprimento de seus fins. Veja-se o teor das normas, *in verbis*:

Art 31 - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado:

(...)

V - lançar impostos sobre:

(...)

b) templos de qualquer culto, bens e serviços de Partidos Políticos, instituições de educação e de assistência social, *desde que as suas rendas sejam aplicadas integralmente no País* para os respectivos fins;

Naquela ocasião, a interpretação do conceito de templo de qualquer culto era restritiva, pois alcançava o prédio ou o edifício onde se realizava a reunião dos fiéis. Assim, a referência à aplicação de rendas no País tinha por desígnio condicionar as atividades dos partidos políticos, das instituições de educação e de assistência social, de sorte que não cabe aqui buscar estabelecer uma correlação entre os templos e o território nacional, eis que o legislador constituinte

referiu que as rendas deveriam ter pertinência ao âmbito nacional.

Entretanto, em 1965, foi realizada a Reforma do Sistema Tributário, por intermédio da *Emenda Constitucional nº 18, de 01.12.1965*, que previu em seu artigo 2º, *in verbis*:

Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV - cobrar impostos sobre:

- a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros;
- b) templos de qualquer culto;
- c) o patrimônio, a renda ou serviços de Partidos políticos e de instituições de educação ou de assistência social, observados os requisitos fixados em lei complementar;
- d) o papel destinado exclusivamente à impressão de jornais, periódicos e livros.

§ 1º O disposto na letra a, do nº IV é extensivo às autarquias, tão-somente no que se refere ao patrimônio, à renda ou aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais, ou delas decorrentes.

§ 2º O disposto na letra a, do nº IV não é extensivo aos serviços públicos concedidos, cujo tratamento tributário é estabelecido pelo poder concedente no que se refere aos tributos de sua competência, ressalvados os serviços públicos federais concedidos, cuja isenção geral de tributos pode ser instituída pela União, por meio de lei especial e tendo em vista o interesse comum.

Na sequência, foi editada a *Lei nº 5.172, de 25.10.1966*, o atual Código Tributário Nacional, cuja repercussão sobre a imunidade dos templos trataremos adiante.

Posteriormente, a *Constituição de 1967*, de 24.1.1967, que entrou em vigor em 15.3.1967, previu as imunidades conforme a redação de seu artigo 20, *in verbis*:

Art 20 - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III - criar imposto sobre:

(...)

b) templos de qualquer culto;

c) o patrimônio, a, renda ou os serviços de Partidos Políticos e de instituições de educação ou de assistência social, observados os requisitos fixados em lei;

(...)

§ 1º - O disposto na letra a do nº III é extensivo às autarquias, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais, ou delas decorrentes; não se estende, porém, aos serviços públicos concedidos, cujo tratamento tributário é estabelecido pelo poder concedente no que se refere aos tributos de sua competência, observado o disposto no parágrafo seguinte.

A *Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969*, por sua vez, não trouxe alterações e passou a prever as imunidades tributárias em seu artigo 19, *in verbis*:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III - instituir imposto sobre:

(...)

b) os templos de qualquer culto;

c) o patrimônio, a renda ou os serviços dos partidos políticos e de instituições de educação ou de assistência social, observados os requisitos da lei;

(...)

§ 1º O disposto na alínea a do item III é extensivo às autarquias, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes; mas não se estende aos serviços públicos concedidos, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto que incidir sobre imóvel objeto de promessa de compra e venda.

A promulgação da *Constituição da República, em 5.10.1988*, alterou efetivamente o âmbito de aplicação da imunidade tributária dos templos, prevendo em seu artigo 150, VI, “b” e § 4º, *in verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

(...)

b) templos de qualquer culto;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

(...)

§ 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas “b” e “c”, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

Veja-se que esse esforço histórico constitucional tem o desígnio de evidenciar que, muito embora o artigo 31, V, “b”, da Constituição de 1946 fizesse referência expressa à condição de que a imunidade somente se operaria mediante a aplicação das rendas no País, naquela ocasião, a imunidade dos templos era de natureza objetiva, é dizer, a sua aplicação era limitada ao edifício onde funcionava o culto, por isso, não se colocava a discussão.

Todavia, no Texto Magno de 1988, o legislador constituinte descolou a imunidade dos templos de qualquer culto daquela destinada aos partidos políticos, sindicatos, instituições de educação e assistência. Note-se que estes últimos foram aludidos no comando da *letra “c”*, enquanto os templos estão mencionados, isoladamente, pela *letra “b”*, que não oferece ao intérprete nenhuma referência que pudesse conduzir à exegese quanto às limitações de seu exercício.

O § 4º do inciso VI do artigo 150, por sua vez, estabelece tratamento conjugado com partidos políticos, sindicatos, instituições de educação e assistência, para fins de delinear a abrangência da imunidade genérica definindo que a vedação de incidência de impostos abrange somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

Por conseguinte, exsurge que a disputa na presente lide tem sede constitucional, eis que a autora vem a Juízo pedir seja-lhe reconhecido, na qualidade de entidade religiosa, o direito a não se submeter à incidência do imposto de renda na fonte no manejo dos valores destinados às suas finalidades essenciais.

Ademais, lembre-se que as imunidades constituem cláusulas pétreas, conforme o teor da norma do artigo 60, § 4º, da Constituição de 1988, conforme já reconhecido pelo E. Plenário da Colenda Suprema Corte (ADI 2.208 MC, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, DJ 08/03/2002).

Anote-se, ainda, que o C. Supremo Tribunal Federal decretou a mora do Congresso Na-

cional quanto à edição da lei referida pelo § 7º do artigo 195 da Constituição, eis que a referência à sua necessidade estava a impedir os contribuintes de se valerem da imunidade. Veja-se a ementa:

Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. *Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.*

(MI 232, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/1991, DJ 27-03-1992 PP-03800 EMENT VOL-01655-01 PP-00018 RTJ VOL-00137-03 PP-00965)

Entretanto, não é essa a conjuntura normativa que se coloca sob análise na presente lide quanto aos templos, porque as regras constitucionais insertadas no artigo 150, inciso VI, letra “b” e § 4º, *não remetem à necessidade de lei específica*. A condução da interpretação dos comandos da CF norteia-se pelo teor da lei complementar, pois nela estão fixados os requisitos básicos para fins de gozo da imunidade constitucional.

A imunidade dos templos na lei complementar

Anote-se que a *lei complementar* foi criada sob a égide da Constituição de 1967, de 24.1.1967, que entrou em vigor em 15.3.1967, e em seus artigos 49, inciso II, e 53, “a”, previu a aprovação por meio de quórum formado pela maioria absoluta dos membros das duas Casas do Congresso Nacional. Assim, na esfera fiscal, o seu artigo 19, § 1º, previu o estabelecimento das “*normas gerais de direito tributário*” por meio da nova figura da lei complementar, que, inclusive, regularia as limitações constitucionais ao poder de tributar.

Na época, estava em vigor, desde 1º.1.1967, a *Lei nº 5.172, de 25.10.1966*, resultado do trabalho elaborado por Rubens Gomes de Sousa, cujo anteprojeto ainda estava em tramitação no Congresso Nacional, quando precisou ser inteiramente reformulado para contemplar as alterações da Constituição de 1946 estabelecidas por meio da Emenda Constitucional nº 18, de 1º.12.1965. Dessa forma, ela foi recepcionada pela novel Constituição de 1967 na qualidade de lei complementar, sendo que por meio do Ato Complementar nº 36, de 13.3.1967, passou a ser denominada como “*Código Tributário Nacional*”.

Sob a égide da Constituição de 1988, foi reservada à lei complementar a atribuição de regulamentar as imunidades, pelo teor dos incisos II e III do artigo 146, *in verbis*:

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre; (...).

Deveras, até o momento não foi editada pelo Congresso Nacional a lei complementar regulando as limitações ao poder de tributar, referida pelo comando acima transcrito. Anote-se que é por essa razão que, desde a promulgação do Texto Magno, disputa-se em cada caso a respeito da efetiva necessidade da lei complementar ou se a lei ordinária poderia impor eventuais limitações ou condições ao exercício da imunidade.

Anote-se, não obstante, que parte da doutrina sempre considerou possível fazê-lo por

meio de lei ordinária, valendo-se da menção ao inciso XV do artigo 6º da Lei nº 7.713, de 22.12.1988, atualmente com a redação da Lei nº 11.482, de 2007, que fixou os limites da extinta imunidade específica do imposto sobre a renda, prevista no artigo 153, § 2º, II. Entretanto, a referida imunidade específica foi revogada pela EC nº 20, de 15.12.1998.

Mais recentemente, a Colenda Suprema Corte pacificou o assunto no julgamento, em 4.4.2014, do *Recurso Extraordinário nº 636.941/RS*, ao qual foi atribuída repercussão geral e eficácia *erga omnes* e *ex tunc*, admitindo a possibilidade de o legislador ordinário editar norma para fins de fixar os requisitos formais e subjetivos - *quanto ao funcionamento das entidades imunes referidas na letra “c” do inciso VI do artigo 150 da Constituição da República* -, nos termos da seguinte ementa, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. REPERCUSSÃO GERAL CONEXA. RE 566.622. IMUNIDADE AOS IMPOSTOS. ART. 150, VI, C, CF/88. IMUNIDADE ÀS CONTRIBUIÇÕES. ART. 195, § 7º, CF/88. O PIS É CONTRIBUIÇÃO PARA A SEGURIDADE SOCIAL (ART. 239 C/C ART. 195, I, CF/88). A CONCEITUAÇÃO E O REGIME JURÍDICO DA EXPRESSÃO “INSTITUIÇÕES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E EDUCAÇÃO” (ART. 150, VI, C, CF/88) APLICA-SE POR ANALOGIA À EXPRESSÃO “ENTIDADES BENEFICENTES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL” (ART. 195, § 7º, CF/88). AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR SÃO O CONJUNTO DE PRINCÍPIOS E IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS (ART. 146, II, CF/88). A EXPRESSÃO “ISENÇÃO” UTILIZADA NO ART. 195, § 7º, CF/88, TEM O CONTEÚDO DE VERDADEIRA IMUNIDADE. O ART. 195, § 7º, CF/88, REPORTA-SE À LEI Nº 8.212/91, EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL (MI 616/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, DJ 25/10/2002). O ART. 1º, DA LEI Nº 9.738/98, FOI SUSPENSO PELA CORTE SUPREMA (ADI 2.028 MC/DF, Rel. Moreira Alves, Pleno, DJ 16-06-2000). A SUPREMA CORTE INDICIA QUE SOMENTE SE EXIGE LEI COMPLEMENTAR PARA A DEFINIÇÃO DOS SEUS LIMITES OBJETIVOS (MATERIAIS), E NÃO PARA A FIXAÇÃO DAS NORMAS DE CONSTITUIÇÃO E DE FUNCIONAMENTO DAS ENTIDADES IMUNES (ASPECTOS FORMAIS OU SUBJETIVOS), OS QUAIS PODEM SER VEICULADOS POR LEI ORDINÁRIA (ART. 55, DA LEI Nº 8.212/91). AS ENTIDADES QUE PROMOVEM A ASSISTÊNCIA SOCIAL BENEFICENTE (ART. 195, § 7º, CF/88) SOMENTE FAZEM JUS À IMUNIDADE SE PREENCHEREM CUMULATIVAMENTE OS REQUISITOS DE QUE TRATA O ART. 55, DA LEI Nº 8.212/91, NA SUA REDAÇÃO ORIGINAL, E AQUELES PREVISTOS NOS ARTIGOS 9º E 14, DO CTN. AUSÊNCIA DE CAPACIDADE CONTRIBUTIVA OU APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL DE FORMA INVERSA (ADI 2.028 MC/DF, Rel. Moreira Alves, Pleno, DJ 16-06-2000). INAPLICABILIDADE DO ART. 2º, II, DA LEI Nº 9.715/98, E DO ART. 13, IV, DA MP Nº 2.158-35/2001, ÀS ENTIDADES QUE PREENCHEM OS REQUISITOS DO ART. 55 DA LEI Nº 8.212/91, E LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE, A QUAL NÃO DECORRE DO VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE DESTES DISPOSITIVOS LEGAIS, MAS DA IMUNIDADE EM RELAÇÃO À CONTRIBUIÇÃO AO PIS COMO TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. *EX POSITIS*, CONHEÇO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, MAS NEGÓ-LHE PROVIMENTO CONFERINDO EFICÁCIA *ERGA OMNES* E *EX TUNC*.

1. A imunidade aos impostos concedida às instituições de educação e de assistência social, em dispositivo comum, exsurgiu na CF/46, *verbis*: Art. 31, V, “b”: À União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado (...) lançar imposto sobre (...) templos de qualquer culto, bens e serviços de partidos políticos, instituições de educação e de assistência social, desde que as suas rendas sejam aplicadas integralmente no país para os respectivos fins.

2. As CF/67 e CF/69 (Emenda Constitucional nº 1/69) reiteraram a imunidade no disposto no art. 19, III, “c”, *verbis*: É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (...) instituir imposto sobre (...) o patrimônio, a renda ou os serviços dos partidos políticos e de

instituições de educação ou de assistência social, observados os requisitos da lei.

3. A CF/88 traçou arquetipo com contornos ainda mais claros, *verbis*: Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI. instituir impostos sobre: (...) c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; (...) § 4º. As vedações expressas no inciso VI, alíneas “b” e “c”, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas; Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...) § 7º. São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

4. O art. 195, § 7º, CF/88, ainda que não inserido no capítulo do Sistema Tributário Nacional, mas explicitamente incluído topograficamente na temática da seguridade social, trata, inequivocamente, de matéria tributária. Porquanto *ubi eadem ratio ibi idem jus*, podendo estender-se às instituições de assistência stricto sensu, de educação, de saúde e de previdência social, máxime na medida em que restou superada a tese de que este artigo só se aplica às entidades que tenham por objetivo tão somente as disposições do art. 203 da CF/88 (ADI 2.028 MC/DF, Rel. Moreira Alves, Pleno, DJ 16-06-2000).

5. A seguridade social prevista no art. 194, CF/88, compreende a previdência, a saúde e a assistência social, destacando-se que as duas últimas não estão vinculadas a qualquer tipo de contraprestação por parte dos seus usuários, a teor dos artigos 196 e 203, ambos da CF/88. Característica esta que distingue a previdência social das demais subespécies da seguridade social, consoante a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que seu caráter é contributivo e de filiação obrigatória, com esboço no art. 201, todos da CF/88.

6. O PIS, espécie tributária singular contemplada no art. 239, CF/88, não se subtrai da concomitante pertinência ao “gênero” (plural) do inciso I, art. 195, CF/88, *verbis*: Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) III - sobre a receita de concursos de prognósticos. IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)...

7. O Sistema Tributário Nacional, encartado em capítulo próprio da Carta Federal, encampa a expressão “instituições de assistência social e educação” prescrita no art. 150, VI, “c”, cuja conceituação e regime jurídico aplica-se, por analogia, à expressão “entidades beneficentes de assistência social” contida no art. 195, § 7º, à luz da interpretação histórica dos textos das CF/46, CF/67 e CF/69, e das premissas fixadas no verbete da Súmula nº 730. É que até o advento da CF/88 ainda não havia sido cunhado o conceito de “seguridade social”, nos termos em que definidos pelo art. 203, inexistindo distinção clara entre previdência, assistência social e saúde, a partir dos critérios de generalidade e gratuidade.

8. As limitações constitucionais ao poder de tributar são o conjunto de princípios e demais regras disciplinadoras da definição e do exercício da competência tributária, bem como das

imunidades. O art. 146, II, da CF/88, regula as limitações constitucionais ao poder de tributar reservadas à lei complementar, até então carente de formal edição.

9. A isenção prevista na Constituição Federal (art. 195, § 7º) tem o conteúdo de regra de supressão de competência tributária, encerrando verdadeira imunidade. As imunidades têm o teor de cláusulas pétreas, expressões de direitos fundamentais, na forma do art. 60, § 4º, da CF/88, tornando controversa a possibilidade de sua regulamentação através do poder constituinte derivado e/ou ainda mais, pelo legislador ordinário.

10. A expressão “isenção” equivocadamente utilizada pelo legislador constituinte decorre de circunstância histórica. O primeiro diploma legislativo a tratar da matéria foi a Lei nº 3.577/59, que isentou a taxa de contribuição de previdência dos Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pensões às entidades de fins filantrópicos reconhecidas de utilidade pública, cujos membros de sua diretoria não percebessem remuneração. Destarte, como a imunidade às contribuições sociais somente foi inserida pelo § 7º, do art. 195, CF/88, a transposição acrítica do seu conteúdo, com o viés do legislador ordinário de isenção, gerou a controvérsia, hodiernamente superada pela jurisprudência da Suprema Corte no sentido de se tratar de imunidade.

11. A imunidade, sob a égide da CF/88, recebeu regulamentação específica em diversas leis ordinárias, a saber: Lei nº 9.532/97 (regulamentando a imunidade do art. 150, VI, “c”, referente aos impostos); Leis nº 8.212/91, nº 9.732/98 e nº 12.101/09 (regulamentando a imunidade do art. 195, § 7º, referente às contribuições), cujo exato sentido vem sendo delineado pelo Supremo Tribunal Federal.

12. A lei a que se reporta o dispositivo constitucional contido no § 7º, do art. 195, CF/88, segundo o Supremo Tribunal Federal, é a Lei nº 8.212/91 (MI 616/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, DJ 25/10/2002).

13. A imunidade frente às contribuições para a seguridade social, prevista no § 7º, do art. 195, CF/88, está regulamentada pelo art. 55, da Lei nº 8.212/91, em sua redação original, uma vez que as mudanças pretendidas pelo art. 1º, da Lei nº 9.738/98, a este artigo foram suspensas (ADI 2.028 MC/DF, Rel. Moreira Alves, Pleno, DJ 16-06-2000).

14. A imunidade tributária e seus requisitos de legitimação, os quais poderiam restringir o seu alcance, estavam estabelecidos no art. 14, do CTN, e foram recepcionados pelo novo texto constitucional de 1988. Por isso que razoável se permitisse que outras declarações relacionadas com os aspectos intrínsecos das instituições imunes viessem regulados por lei ordinária, tanto mais que o direito tributário utiliza-se dos conceitos e categorias elaborados pelo ordenamento jurídico privado, expresso pela legislação infraconstitucional.

15. A Suprema Corte, guardiã da Constituição Federal, indicia que somente se exige lei complementar para a definição dos seus limites objetivos (materiais), e não para a fixação das normas de constituição e de funcionamento das entidades imunes (aspectos formais ou subjetivos), os quais podem ser veiculados por lei ordinária, como sois ocorrer com o art. 55, da Lei nº 8.212/91, que pode estabelecer requisitos formais para o gozo da imunidade sem caracterizar ofensa ao art. 146, II, da Constituição Federal, *ex vi* dos incisos I e II, *verbis*: Art. 55. Fica isenta das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 desta Lei a entidade beneficente de assistência social que atenda aos seguintes requisitos cumulativamente: (Revogado pela Lei nº 12.101, de 2009) I - seja reconhecida como de utilidade pública federal e estadual ou do Distrito Federal ou municipal; (Revogado pela Lei nº 12.101, de 2009); II - seja portadora do Certificado e do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Assistência Social, renovado a cada três anos; (Redação dada pela Lei nº 9.429, de 26.12.1996)....

16. Os limites objetivos ou materiais e a definição quanto aos aspectos subjetivos ou formais atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, não implicando significativa restrição do alcance do dispositivo interpretado, ou seja, o conceito de imunidade, e de redução das garantias dos contribuintes.

17. As entidades que promovem a assistência social beneficente, inclusive educacional ou de saúde, somente fazem jus à concessão do benefício imunizante se preencherem cumulativa-

mente os requisitos de que trata o art. 55, da Lei nº 8.212/91, na sua redação original, e aqueles prescritos nos artigos 9º e 14, do CTN.

18. Instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos são entidades privadas criadas com o propósito de servir à coletividade, colaborando com o Estado nessas áreas cuja atuação do Poder Público é deficiente. Consectariamente, *et pour cause*, a constituição determina que elas sejam desoneradas de alguns tributos, em especial, os impostos e as contribuições.

19. A *ratio* da supressão da competência tributária funda-se na ausência de capacidade contributiva ou na aplicação do princípio da solidariedade de forma inversa, vale dizer: a ausência de tributação das contribuições sociais decorre da colaboração que estas entidades prestam ao Estado.

20. A Suprema Corte já decidiu que o artigo 195, § 7º, da Carta Magna, com relação às exigências a que devem atender as entidades beneficentes de assistência social para gozarem da imunidade aí prevista, determina apenas a existência de lei que as regule; o que implica dizer que a Carta Magna alude genericamente à “lei” para estabelecer princípio de reserva legal, expressão que compreende tanto a legislação ordinária, quanto a legislação complementar (ADI 2.028 MC/DF, Rel. Moreira Alves, Pleno, DJ 16-06-2000).

21. É questão prejudicial, pendente na Suprema Corte, a decisão definitiva de controvérsias acerca do conceito de entidade de assistência social para o fim da declaração da imunidade discutida, como as relativas à exigência ou não da gratuidade dos serviços prestados ou à compreensão ou não das instituições beneficentes de clientelas restritas.

22. In casu, *descabe negar esse direito a pretexto de ausência de regulamentação legal*, mormente em face do acórdão recorrido que concluiu pelo cumprimento dos requisitos por parte da recorrida à luz do art. 55, da Lei nº 8.212/91, condicionado ao seu enquadramento no conceito de assistência social delimitado pelo STF, mercê de suposta alegação de que as prescrições dos artigos 9º e 14 do Código Tributário Nacional não regulamentam o § 7º, do art. 195, CF/88.

23. É insindicável na Suprema Corte o atendimento dos requisitos estabelecidos em lei (art. 55, da Lei nº 8.212/91), uma vez que, para tanto, seria necessária a análise de legislação infraconstitucional, situação em que a afronta à Constituição seria apenas indireta, ou, ainda, o revolvimento de provas, atraindo a aplicação do verbete da Súmula nº 279. Precedente. AI 409.981-AgR/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 13/08/2004.

24. A pessoa jurídica para fazer jus à imunidade do § 7º, do art. 195, CF/88, com relação às contribuições sociais, deve atender aos requisitos previstos nos artigos 9º e 14, do CTN, bem como no art. 55, da Lei nº 8.212/91, alterada pelas Lei nº 9.732/98 e Lei nº 12.101/2009, nos pontos onde não tiveram sua vigência suspensa liminarmente pelo STF nos autos da ADI 2.028 MC/DF, Rel. Moreira Alves, Pleno, DJ 16-06-2000.

25. As entidades beneficentes de assistência social, como consequência, não se submetem ao regime tributário disposto no art. 2º, II, da Lei nº 9.715/98, e no art. 13, IV, da MP nº 2.158-35/2001, aplicáveis somente àquelas outras entidades (instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural e científico e as associações civis que prestem os serviços para os quais houverem sido instituídas e os coloquem à disposição do grupo de pessoas a que se destinam, sem fins lucrativos) que não preenchem os requisitos do art. 55 da Lei nº 8.212/91, ou da legislação superveniente sobre a matéria, posto não abarcadas pela imunidade constitucional.

26. A inaplicabilidade do art. 2º, II, da Lei nº 9.715/98, e do art. 13, IV, da MP nº 2.158-35/2001, às entidades que preenchem os requisitos do art. 55 da Lei nº 8.212/91, e legislação superveniente, não decorre do vício da inconstitucionalidade desses dispositivos legais, mas da imunidade em relação à contribuição ao PIS como técnica de interpretação conforme à Constituição.

27. *Ex positis*, conheço do recurso extraordinário, mas nego-lhe provimento conferindo à tese assentada repercussão geral e eficácia erga omnes e *ex tunc*. Precedentes. RE 93.770/RJ, Rel.

Min. Soares Muñoz, 1ª Turma, DJ 03/04/1981. RE 428.815-AgR/AM, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 24/06/2005. ADI 1.802-MC/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ 13-02-2004. ADI 2.028 MC/DF, Rel. Moreira Alves, Pleno, DJ 16-06-2000. (RE 636941, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 13/02/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-067 DIVULG 03-04-2014 PUBLIC 04-04-2014)

A longa transcrição é importante para se espantar dúvidas a respeito da possibilidade de a lei ordinária dispor acerca dos aspectos formais subjetivos da imunidade. O legislador constituinte impôs requisito intransponível aos *“partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social”*, no sentido de atenderem as condições previstas em lei ordinária. Assim, repita-se, segundo a interpretação pacificada pela Colenda Suprema Corte, especificamente com relação ao artigo 150, VI, letra “c”, da Constituição, podem ser regulados por lei ordinária os aspectos intrínsecos das instituições imunes.

Porém, no presente caso, essa discussão, em princípio, não se coloca. A autora não está aqui perseguindo provimento judicial no sentido de indicar a natureza da lei capaz de estabelecer os requisitos ao gozo de sua imunidade combatida, até porque o legislador constituinte não referiu especificamente a necessidade de a lei ordinária tratar da imunidade dos templos, restando essa tarefa à lei complementar, atualmente o Código Tributário Nacional.

Aliás, nesse sentido já havia se pronunciado a Colenda Suprema Corte Constitucional no julgamento realizado em 13.2.2004, da *ADI 1802/MC*, com a seguinte ementa:

I. Ação direta de inconstitucionalidade: Confederação Nacional de Saúde: qualificação reconhecida, uma vez adaptados os seus estatutos ao molde legal das confederações sindicais; pertinência temática concorrente no caso, uma vez que a categoria econômica representada pela autora abrange entidades de fins não lucrativos, pois sua característica não é a ausência de atividade econômica, mas o fato de não destinarem os seus resultados positivos à distribuição de lucros. II. Imunidade tributária (CF, art. 150, VI, c, e 146, II): “instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei”: delimitação dos âmbitos da matéria reservada, no ponto, à intermediação da lei complementar e da lei ordinária: análise, a partir daí, dos preceitos impugnados (L. 9.532/97, arts. 12 a 14): cautelar parcialmente deferida. 1. Conforme precedente no STF (RE 93.770, Muñoz, RTJ 102/304) e na linha da melhor doutrina, *o que a Constituição remete à lei ordinária, no tocante à imunidade tributária considerada, é a fixação de normas sobre a constituição e o funcionamento da entidade educacional ou assistencial imune; não, o que diga respeito aos lindes da imunidade, que, quando susceptíveis de disciplina infraconstitucional, ficou reservado à lei complementar.* 2. À luz desse critério distintivo, parece ficarem incólumes à eiva da inconstitucionalidade formal argüida os arts. 12 e §§ 2º (salvo a alínea f) e 3º, assim como o parág. único do art. 13; ao contrário, é densa a plausibilidade da alegação de invalidez dos arts. 12, § 2º, f; 13, *caput*, e 14 e, finalmente, se afigura chapada a inconstitucionalidade não só formal mas também material do § 1º do art. 12, da lei questionada. 3. Reserva à decisão definitiva de controvérsias acerca do conceito da entidade de assistência social, para o fim da declaração da imunidade discutida - como as relativas à exigência ou não da gratuidade dos serviços prestados ou à compreensão ou não das instituições beneficentes de clientela restrita e das organizações de previdência privada: matérias que, embora não suscitadas pela requerente, dizem com a validade do art. 12, *caput*, da L. 9.532/97 e, por isso, devem ser consideradas na decisão definitiva, mas cuja deliberação não é necessária à decisão cautelar da ação direta. (ADI 1802 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/1998, DJ 13-02-2004 PP-00010 EMENT VOL-02139-01 PP-00064)

Mais uma vez o que se busca com a longa referência à manifestação do C. Pretório Excelso é traçar um paralelo com a imunidade dos templos, que também se classifica dentre as chamadas genéricas, relativas aos impostos sobre patrimônio, renda ou serviços.

Constata-se da análise de tudo o quanto já foi consolidado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, que está superada a questão quanto a necessidade e natureza da lei referida no *artigo 150, VI, letra “c”* da CR. Porém, essa condição não se apresenta no que toca à *letra “b”*, quanto aos templos de qualquer culto. E é assim para que não se crie óbice ao direito constitucional à liberdade de consciência e crença, garantida pelo artigo 5º, incisos VI a VIII do Texto Magno.

Assim, resta colher dos comandos, inseridos em lei complementar, as eventuais condições mínimas necessárias, que o Poder Legislativo entendeu por bem estabelecer, para fim de permitir aos templos de qualquer culto o gozo da imunidade genérica. Cuida-se da definição dos limites objetivos (materiais) referidos pela C. Suprema Corte.

Pois bem. O Código Tributário Nacional, recepcionado também pela Constituição da República de 1988, para fazer as vezes da lei complementar prevista no inciso II do artigo 146, estabelece no seu Capítulo II - “Limitações da Competência Tributária”, Seção I - “Disposições Gerais” os limites objetivos sobre a imunidade genérica dos templos.

Vejamos a redação de seu artigo 9º, *in verbis*:

Art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV - cobrar imposto sobre:

(...)

b) templos de qualquer culto;

c) o patrimônio, a renda ou serviços de partidos políticos e de instituições de educação ou de assistência social, observados os requisitos fixados na Seção II deste Capítulo; (*redação original revogada* pela Lei Complementar nº 104, de 2001)

c) o patrimônio, a renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, observados os requisitos fixados na Seção II deste Capítulo; (*Redação atual* dada pela Lei Complementar nº 104, de 2001).

Na verdade, as regras transcritas acima não têm serventia, eis que apenas repetem normas constitucionais.

Na Seção II - “Disposições Especiais”, o artigo 14 do Código Tributário Nacional enumera requisitos necessários à implementação da imunidade genérica, fazendo-o, entretanto, unicamente com relação à *letra “c”* do referido inciso VI de seu artigo 9º, assim dispondo, *in verbis*:

Art. 14. O disposto na *alínea c* do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I - não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; (*Redação dada* pela LCP nº 104, de 2001)

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade

competente pode suspender a aplicação do benefício.

§ 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

Deveras, as normas complementares do Código Tributário Nacional foram elaboradas para atender os termos da “Reforma Tributária” de 1965, ocorrida a partir da promulgação da EC nº 18, de 1965. Nesse sentido, poder-se-ia cogitar que a mudança de paradigma decorreu da obra do Poder Constituinte derivado de 1965, que entendeu por bem *abandonar a referência*, antes expressa, no texto originário do artigo 31, V, “b”, da CF de 1946, à necessidade de aplicação da totalidade das rendas dos templos no território nacional (“*templos de qualquer culto bens e serviços de Partidos Políticos, instituições de educação e de assistência social, desde que as suas rendas sejam aplicadas integralmente no País para os respectivos fins;*”).

Porém, não se olvide que não havia, então, suporte à interpretação extensiva com relação à expressão “templo de qualquer culto”, a qual, via de regra, se limitava a referir o templo propriamente dito, e, quando muito, algumas construções à sede do templo. Tratava-se de imunidade genérica cuja interpretação alcançava todos os impostos que tivessem por hipótese de incidência o templo, com raras e pontuais interpretações extensivas decorrentes da jurisprudência da Colenda Corte Constitucional. Isso porque a imunidade dos templos classificava-se dentre as objetivas.

Em princípio, foi essa a razão, qual seja: a natureza objetiva da imunidade genérica dos templos, que conduziu o legislador da *Lei nº 5.172, de 25.10.1966*, a não se preocupar em referir no comando do *caput* do artigo 14 que as condições estabelecidas em seus incisos I a III, deveriam alcançar também os templos. Note-se que a referência unicamente à “*alínea c do inciso IV do artigo 9º*” criou condições ao exercício da imunidade genérica *somente* aos partidos políticos e instituições de educação ou de assistência social, pois estes, sim, gozavam de imunidade genérica subjetiva que abarcava o patrimônio, renda e serviços, razão pela qual a benesse constitucional deveria ser limitada. Daí a referência ao requisito consistente na necessidade de “*aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais*”.

Essa condição não subordinava os templos, referidos pela letra “b” de seu artigo 9º.

Na atualidade, entretanto, deve ser superada essa interpretação restritiva da imunidade dos templos, eis que, a partir da Constituição de 1988, foi agregada à designação dos templos de qualquer culto o termo entidade, de sorte que o legislador constituinte operou em verdadeira ampliação com relação ao âmbito de abrangência da imunidade fiscal a eles designada. Inseriu-se, em contrapartida ao alargamento da imunidade, que passou a referir genericamente a entidade, a limitação *ao patrimônio, à renda e aos serviços*.

Logo, o caráter imune dos templos deixou de se limitar à natureza objetiva, para abranger a entidade religiosa, agregando-lhe caráter subjetivo, pois não é a construção, o imóvel do templo, mas, isto sim, a igreja, como ente de direito, a detentora do patrimônio, da renda e dos serviços alcançados pela imunidade tributária.

Nesse sentido, a doutrina de Ricardo Lobo Torres esclarece que a imunidade decorre do direito fundamental do cidadão inserido no artigo 5º, inciso VI, da Constituição de 1988. Assim, sob o *aspecto subjetivo*, afirma o professor, “*a imunidade dos templos de qualquer culto classifica-se como subjetiva (...) Titular da imunidade é a instituição religiosa e não o templo considerado objetivamente; mas só será imune na dimensão correspondente ao templo e ao*

culto. Templo de qualquer culto é conceito espiritual. Não significa apenas o prédio onde se pratica o culto, senão que se identifica com a própria religião. (...) Há limites e fronteiras que podem ser objeto de trabalho exegético. Quando o abuso for evidente, quando houver simulação para obter a vantagem fiscal ou quando a seita pratica atos contrários à moral e aos bons costumes será ilícito o reconhecimento de qualidade de imune”. De outra parte, Lobo Torres refere que sob o aspecto objetivo “a renda dos templos imune aos impostos é aquela decorrente da prática do culto. As espórtulas, os dízimos e as doações de qualquer tipo estão livres de impostos. Mas também os rendimentos de capital e os lucros das aplicações no mercado financeiro” (“Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia”, RJ, renovar, 1995, p.213 e 214).

Anote-se que o texto do Código Tributário Nacional foi alterado na última década por diversas vezes. Quanto ao artigo 9º, especificamente, foi objeto do estudo do Congresso Nacional ao editar a Lei Complementar nº 104, de 2001, que, não obstante tenha mudado a sua redação, não incluiu a obrigatoriedade de a renda dos templos ser tratada de forma similar a dos partidos políticos, das fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, todos estes expressamente submetidos ao rigor da norma do artigo 14 da lei complementar tributária.

Portanto, não é possível estabelecer embaraço ao instituto da imunidade onde o Poder Constituinte não o fez, nem tampouco o Congresso nacional por meio da edição de lei complementar.

A aferição quanto à aplicação das normas do artigo 14 do Código Tributário Nacional é o ponto crucial da presente lide, uma vez que a incidência das condições contidas nesse comando poderia colocar por terra as pretensões da autora, na medida em que o seu pedido visa o reconhecimento da regra da imunidade genérica do imposto de renda aplicável aos templos por ocasião da realização de remessa de valores para fora do território nacional.

Insista-se que não há dúvida de que as condições estabelecidas pelos incisos I a III do artigo 14 do Código Tributário Nacional são indispensáveis ao reconhecimento da imunidade tributária outorgada pela Constituição de 1988 aos partidos políticos, fundações, entidades sindicais e instituições de educação e assistência social. Entretanto, o mesmo não ocorre quanto às imunidades genéricas dos templos, que não se submetem às limitações estabelecidas pela norma geral tributária.

Em resumo, não há no Código Tributário Nacional restrições ao exercício da imunidade dos templos.

A lição de Roque Antonio Carrazza ensina:

Ainda acerca do assunto, a imunidade das igrejas não depende para ser fruída - ao contrário do que se dá com as instituições assistenciais e educacionais sem fins lucrativos, que devem obedecer aos requisitos apontados em lei complementar (ex vi da interpretação sistemática do disposto nos arts. 150, VI, c, in fine e 195, § 7º, in fine, da CF)-, que seus recursos sejam integralmente aplicados no País. Assim, elas podem perfeitamente aplica-los no exterior, para a ampla difusão da fé, de seu corpo de doutrinas e de seus valores espirituais, o que, de resto, vem ao encontro do disposto no já estudado art. 150, § 4º, da Constituição federal.

A questão foi bem estudada por Ives Gandra da Silva Martins (...)

Portanto, desde que preencham suas finalidades essenciais, as igrejas não precisam cumprir outros requisitos para continuarem sob o pálio do art. 150, VI, b, da Constituição Federal. *Estão livres do IRF, quando aplicarem seus recursos no exterior, a fim de propagar e disseminar, por todo o orbe, seu corpo de doutrinas.* (A Imunidade tributária dos templos de

qualquer culto (art.150, VI, b, da CF) - Questões Conexas. In Imunidades Tributárias, Coord. Elizabeth Nazar Carrazza, RJ, Elsevier, 2012, p. 24)

Nesse sentido, veja-se a manifestação do Colendo Superior Tribunal de Justiça conforme a seguinte ementa, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA. MERO INCONFORMISMO DO RECORRENTE. PREMISSA DE FATO, FIXADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO SUMULAR 7/STJ. MANUTENÇÃO DA DECISÃO IMPUGNADA.

I. Quanto à apontada afronta ao art. 535, II, do CPC, é indubitável que o acórdão ora atacado abordou todos os pontos necessários à composição da lide, ofereceu conclusão conforme a prestação jurisdicional solicitada, encontra-se alicerçado em premissas que se apresentam harmônicas com o entendimento adotado e desprovido de obscuridades ou contradições.

II. O entendimento desta Corte é pacífico no sentido de que não há omissão, contradição ou obscuridade no julgado, quando se resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada e apenas se deixa de adotar a tese do embargante. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 573.796/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 28/11/2014.

III. No presente caso, diante do reconhecimento, pela Corte de origem, de que a hipótese em testilha referia-se à imunidade de templo, prevista no art. 150, VI, b, da CF/88, seria absolutamente desnecessário, para o deslinde da controvérsia, tecer, expressamente, considerações acerca da aplicação do art. 14 do CTN, que cuida de imunidade outra, que recai sobre o patrimônio, a renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores e das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos.

IV. A pretensão recursal é, na verdade, reexaminar a destinação do bem imóvel, objeto de execução, que o acórdão entendeu referir-se ao templo e às suas finalidades essenciais. Em outras palavras, pretende rever a premissa de fato, fixada pelo Tribunal de origem, soberano na avaliação do conjunto fático-probatório constante dos autos, procedimento que é vedado ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial, à luz do seu enunciado sumular 7.

V. Agravo Regimental ao qual se nega provimento.

(AgRg no AREsp 671.921/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 01/07/2015)

Colhe-se do r. voto condutor da Eminentíssima Ministra Assusete Magalhães o seguinte ex-certo:

No presente caso, diante do reconhecimento, pela Corte de origem, de que a hipótese em testilha referia-se à imunidade de templo, prevista no art. 150, VI, b, da CF/88, *seria absolutamente desnecessário, para o deslinde da controvérsia, tecer, expressamente, considerações acerca da aplicação do art. 14 do CTN, que cuida de imunidade outra, que recai sobre o patrimônio, a renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores e das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos.*

Em síntese, portanto, a imunidade dos templos constitui regra de estatura constitucional classificada dentre as normas gerais limitadoras do poder de tributar, eis que nega o direito de instituir e, portanto, cobrar impostos, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Essa categoria de norma constitucional, poderia sofrer regulações, obedecidos os limites

da própria Constituição, conforme preconizado pelo seu artigo 146, incisos II e III, que reserva à lei complementar as providências necessárias à disciplina do assunto. Porém, o Congresso Nacional não estabeleceu, até o momento, nenhuma diretriz ou limitação a esse respeito, que pudesse obstar ou limitar o direito da autora.

O Legislador Constituinte foi expresso ao exigir a única condição ao gozo da imunidade genérica dos templos, quanto aos impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, qual seja: o exercício de suas *finalidades essenciais*. Reiterando-se que não destinou ao legislador ordinário a função de discipliná-las.

Vale mencionar a precisa doutrina da professora e Ministra Regina Helena Costa, que esclarece:

A renda considerada imune é aquela que decorre da prática do culto religioso, compreendendo as doações dos fiéis (incluindo as espórtulas e os dízimos) bem como as conseqüentes de aplicações financeiras, pois estas visam à preservação do patrimônio da entidade.

Ainda, os serviços religiosos são imunes, gratuitos ou não, mesmo que envolvam o fornecimento de mercadorias, como ocorre na assistência aos pobres.

(...)

Nos termos do § 4º do art. 150, a imunidade em foco compreende somente o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais dos templos. Finalidades essenciais são aquelas inerentes à própria natureza da entidade - vale dizer, os propósitos que conduziram à sua instituição. *Finalidades essenciais dos templos de qualquer culto, portanto, são a prática do culto, a formação de religiosos, o exercício de atividades filantrópicas e a assistência moral e espiritual aos fiéis.* (Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional, São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 108/109, destacamos)

Vale ressaltar também que a Colenda Suprema Corte Constitucional tem demonstrado a importância da garantia constitucional da imunidade tributária, sempre guiada por interpretação que prestigia o instituto no sentido de assegurar a sua aplicação.

Vejam-se, a esse respeito, os seguintes arestos:

DIREITO TRIBUTÁRIO. IPTU. IMUNIDADE. INSTITUIÇÕES RELIGIOSAS. IMÓVEIS. TEMPLO E RESIDÊNCIA DE MEMBROS. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES.

1. O fato de os imóveis estarem sendo utilizados como escritório e residência de membros da entidade não afasta a imunidade prevista no art. 150, VI, c, § 4º da Constituição Federal. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 895972 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 02/02/2016, Processo Eletrônico DJe-034 Divulg 23-02-2016 Public 24-02-2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. IPTU. IMUNIDADE. TEMPLO DE QUALQUER CULTO. DESTINAÇÃO DO IMÓVEL. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E INCURSÃO NO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA Nº 279 DO STF. INCIDÊNCIA.

1. A imunidade do IPTU deferida aos templos de qualquer culto, quando controversa a comprovação da finalidade do imóvel, não enseja o cabimento de recurso extraordinário, por demandar a análise da legislação infraconstitucional, bem como, a incursão no acervo fático-probatório dos autos. Precedentes: AI 595.479-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, DJe 6/8/2010, e AI 651.138-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 17/8/2007. 2. O recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem

constitucional. 3. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. 4. In casu, o acórdão recorrido assentou: “Direito Tributário. Imunidade de templos religiosos (art. 150, VI, ‘b’ da Constituição Federal). Agravo interno contra decisão que reconheceu a imunidade do imóvel da demandante. Irregularidade da representação que pode ser sanada a qualquer tempo, ratificando-se os atos anteriormente praticados, segundo jurisprudência pacífica do STJ e TJRJ. Imunidade tributária que deve ser reconhecida. *De acordo com a jurisprudência mais recente do STF e STJ, milita presunção relativa de que os imóveis da entidade religiosa seriam destinados às finalidades essenciais da instituição (art. 150, § 4º da Constituição), sendo ônus do ente federativo provar eventual desvio de finalidade.* Recurso desprovido.” 5. Agravo regimental DESPROVIDO.

(ARE 841212 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/11/2014, Processo Eletrônico DJe-240 Divulg 05-12-2014 Public 09-12-2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. IPTU. IMUNIDADE. TEMPLOS DE QUALQUER CULTO. DESTINAÇÃO DO IMÓVEL. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. A imunidade prevista no art. 150, VI, “b”, da Constituição do Brasil, deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas. Precedente. 2. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula nº 279 do STF. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AI 651138 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 26/06/2007, DJe-082 DIVULG 16-08-2007 PUBLIC 17-08-2007 DJ 17-08-2007 PP-00085 EMENT VOL-02285-18 PP-03636 RT v. 96, n. 866, 2007, p. 130-131)

EMENTA: - Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, “b”, e VI, “a”, “b”, “c” e “d”, da Constituição Federal.

1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, “a”, da C.F.). 2. A Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica “o art. 150, III, ‘b’ e VI”, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, “b” da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, “a”, da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: “b”): templos de qualquer culto; “c”): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e “d”): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar nº 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, “a”, “b”, “c” e “d” da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do

mesmo diploma, L.C. nº 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993.

(ADI 939, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/1993, DJ 18-03-1994 PP-05165 EMENT VOL-01737-02 PP-00160 RTJ VOL-00151-03 PP-00755)

Acrescente-se que a Colenda Suprema Corte pacificou o entendimento no sentido de que caberia à Administração Tributária comprovar que o imóvel de entidade religiosa gravado pela imunidade não estaria vinculado às finalidades institucionais do templo.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DE TEMPLOS RELIGIOSOS. IPTU. IMÓVEL VAGO. DESONERAÇÃO RECONHECIDA.

O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que não cabe à entidade religiosa demonstrar que utiliza o bem de acordo com suas finalidades institucionais. *Ao contrário, compete à Administração tributária demonstrar a eventual trespasse do bem gravado pela imunidade. Nos termos da jurisprudência da Corte, a imunidade tributária em questão alcança não somente imóveis alugados, mas também imóveis vagos.* Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 800395 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 28/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 13-11-2014 PUBLIC 14-11-2014)

IMUNIDADE. ENTIDADE EDUCACIONAL. ARTIGO 150, INCISO VI, ALÍNEA C, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IPTU. IMÓVEL VAGO. FINALIDADES ESSENCIAIS. PRESUNÇÃO. ÔNUS DA PROVA. PRECEDENTES. 1. A condição de um imóvel estar vago ou sem edificação não é suficiente, por si só, para destituir a garantia constitucional da imunidade. **2.** A regra da imunidade se traduz numa negativa de competência, limitando, a priori, o poder impositivo do Estado. **3.** Na regra imunizante, como a garantia decorre diretamente da Carta Política, mediante decote de competência legislativa, as presunções sobre o enquadramento originalmente conferido devem militar a favor das pessoas ou entidades que se socorrem da norma constitucional. **4.** *Quanto à imunidade prevista no art. 150, inciso VI, alínea c, da Constituição Federal, o ônus de elidir a presunção de vinculação às atividades essenciais é do Fisco.* **5.** A não utilização temporária do imóvel deflagra uma neutralidade, não atentando contra os requisitos autorizadores da imunidade. Precedentes da Corte. **6.** Agravo regimental não provido. (AI 674339 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 10/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 12-02-2014 PUBLIC 13-02-2014)

Pois bem.

Impõe-se verificar se a autora desenvolve atividades condizentes com o gozo da imunidade fiscal destinada aos templos.

Colhe-se dos termos de seus Estatutos Sociais a fl. 32, que é entidade religiosa tendo por objetivos: “a) pregar as boas novas do Reino de Deus sob Cristo Jesus, em todas as partes da Terra, em testemunho do Nome, da Palavra e da Supremacia do Onipotente Deus, Jeová; b) visar o aperfeiçoamento de homens, mulheres e crianças, através da disseminação das verdades bíblicas, sempre em caráter religioso, conforme os ensinamentos apoiados nas Escrituras Sagradas, por quaisquer meios legais que a entidade julgar conveniente; c) promover conferências bíblicas, realizar estudos gratuitos da Bíblia Sagrada, ensinar, treinar, preparar e equipar seus membros como ministros evangelizadores, pioneiros, missionários e pregadores,

instrutores e conferencistas, com o propósito de anunciarem as boas novas do Reino de Deus, em todo mundo; d) importar, exportar, adquirir, publicar, produzir, imprimir e distribuir, por si ou por terceiros, a Bíblia Sagrada, folhetos, tratados, periódicos e outras publicações bíblicas, como discos, fitas, 'compact disc', 'cd-rom', e outros suportes que possam ser utilizados para cumprir seus objetivos, assim como importar equipamentos necessários para tais fins; firmar instrumento de cooperação com outras associações das Testemunhas de Jeová, em toda a Terra, de acordo com os objetivos da entidade, sempre visando a divulgação das boas novas do Reino de Deus, bem como prover suportes físico-materiais, tais como prédios e instalações para a expansão da fé e das obras cristãs, além de amparar e auxiliar em serviços para essas finalidades; f) autorizar e nomear evangelizadores, missionários, ministros e instrutores para pregar e difundir os ensinamentos e as verdades da Bíblia em toda a Terra; g) efetuar obras de caridade e de ajuda humanitária dentro e fora do país.”.

Nesta esfera, não há óbice ao gozo da imunidade genérica pretendida pela autora, eis que, conforme descrito acima, os seus objetivos institucionais estão voltados às “finalidades essenciais do templo”, conforme determinado pelo § 4º do artigo 150 da norma constitucional, as quais, por sua vez, vão ao encontro do previsto no artigo 5º, incisos VI a VIII, da Constituição, uma vez que dizem respeito à busca da inviolável liberdade de consciência e de crença.

De outra parte, a sua finalidade essencial é exercida também quando faz remessas a entidades que professam o mesmo credo, conforme comprovam os documentos acostados aos autos, conforme seguem:

Documentos apresentados com a petição inicial:

- Banco Central do Brasil nº 9907506768, fls. 67, datado de 09/11/1999 - beneficiário: Watch Tower Bible & Tract Society of Pennsylvania - Ghana, no valor de US\$ 15.000,00 (R\$ 28.500,00 - Banco Sudameris Brasil S/A, fls. 68, em 06/12/1999);

- Banco Central do Brasil nº 9907506774, fls. 82, datado de 09/11/1999 - beneficiário: Testemunhas de Jeová de Moçambique - Moçambique, no valor de US\$ 20.000,00 (R\$ 37.520,00 - Banco Citibank S/A, fls. 83);

- Banco Central do Brasil nº 9907506773, fls. 92, datado de 09/11/1999 - beneficiário: Associação das Testemunhas de Jeová - Angola, no valor de US\$ 20.000,00 (R\$ 38.000,00 - Banco Sudameris Brasil S/A, fls. 93, em 06/12/1999);

- Banco Central do Brasil nº 9907506772, fls. 102, datado de 09/11/1999 - beneficiário: Jehovini Svejedoci - Croácia, no valor de US\$ 15.000,00 (R\$ 28.140,00 - Banco Citibank S/A, fls. 103, em 06/12/1999);

-, Banco Central do Brasil nº 0007500139, fls. 73, datado de 07/01/2000 - beneficiário: Watch Tower Bible And Tract Society - Nigéria, no valor de US\$ 10.000,00 (R\$ 18.150,00 - Banco Citibank S/A, fls. 74, em 20/01/2000),

- Banco Central do Brasil nº 0007500131, fls. 84, datado de 07/01/2000 - beneficiário: Testemunhas de Jeová de Moçambique - Moçambique, no valor de US\$ 40.000,00 (R\$ 72.600,00, Banco Citibank S/A, fls. 85);

- Banco Central do Brasil nº 0007500128, fls. 94, datado de 07/01/2000 - beneficiário: Associação das Testemunhas de Jeová - Angola, no valor de US\$ 40.000,00 (R\$ 71.800,00 - Banco Sudameris Brasil S/A, fls. 95, em 20/01/2000);

- Banco Central do Brasil nº 0007500130, fls. 106, datado de 07/01/2000 - beneficiário: Jehovini Svejedoci - Croácia, no valor de US\$ 30.000,00 (R\$ 54.450,00, Banco Citibank S/A, em 20/01/2000, fls. 105);

- Banco Central do Brasil nº 9907506774, fls. 110, datado de 09.11.1999 - beneficiário: Sociedad de Los Testigos de Jehova - Venezuela, no valor de US\$ 50.000,00 (R\$ 89.750,00, Banco Sudameris Brasil S/A, em 20/01/2000, fls. 111);

- Banco Central do Brasil nº 0007501114, fls. 69, datado de 15/02/2000 - beneficiário: Watch Tower Bible & Tract Society of Pennsylvania - Ghana, no valor de US\$ 45.000,00 (R\$ 79.110,00, fls. 27);

- Banco Central do Brasil nº 0007501112, fls. 75, datado de 15/02/2000 - beneficiário: Watch Tower Bible & Tract Society of Pennsylvania - (LTD/GTE) - Nigéria, no valor de US\$ 30.000,00 (R\$ 52.650,00, fls. 27);

- Banco Central do Brasil nº 0007501110, fls. 86, datado de 15/02/2000 - beneficiário: Testemunhas de Jeová de Moçambique - Moçambique, no valor de US\$ 20.000,00 (R\$ 35.100,00, fls. 27);

- Banco Central do Brasil nº 0007501102, fls. 96, datado de 15/02/2000 - beneficiário: Associação das Testemunhas de Jeová - Angola, no valor de US\$ 20.000,00 (R\$ 35.160,00, fls. 27);

- Banco Central do Brasil nº 0007501107, fls. 104, datado de 15/02/2000 - beneficiário: Jehovini Svejedoci - Croácia, no valor de US\$ 15.000,00 (R\$ 26.325,00, fls. 27);

- Banco Central do Brasil nº 0007501104, fls. 115, datado de 15.02.2000 - beneficiário: Watch Tower Bible & Tract Society of Pennsylvania - Bolívia, no valor de US\$ 40.000,00 (R\$ 70.200,00, fls. 27);

- Banco Central do Brasil nº 0007501108, fls. 119, datado de 15.02.2000 - beneficiário: Association Chrétienne Les Témoins de Jehovah D'Haiti - Haiti, no valor de US\$ 40.000,00 (R\$ 70.200,00, fls. 27);

- Banco Central do Brasil nº 0007501111, fls. 123, datado de 15.02.2000 - beneficiário: Watch Tower Bible & Tract Society of Pennsylvania - Nicaragua, no valor de US\$ 40.000,00 (R\$ 70.200,00, fls. 27);

- Banco Central do Brasil nº 0007501113, fls. 125, datado de 15.02.2000 - beneficiário: Asociación Torre de Vigia de Biblias y Tratados - Paraguay, no valor de US\$ 40.000,00 (R\$ 70.200,00, fls. 27);

- Banco Central do Brasil nº 0007501103, fls. 128, datado de 15.02.2000 - beneficiário: Watch Tower Bible & Tract Society of Pennsylvania - Benin, no valor de US\$ 20.000,00 (R\$ 35.160,00, fls. 27);

- Banco Central do Brasil nº 0007501105, fls. 132, datado de 15.02.2000 - beneficiário: Iglesia Cristiana de Los Testigos de Jehová - Colômbia, no valor de US\$ 40.000,00 (R\$ 70.320,00, fls. 27);

- Banco Central do Brasil nº 0007501106, fls. 135, datado de 15.02.2000 - beneficiário: A. S. B. L. Les Témoins de Jéhovah - R. D. Congo, no valor de US\$ 60.000,00 (R\$ 105.480,00, fls. 27);

- Banco Central do Brasil nº 0007501109, fls. 139, datado de 15.02.2000 - beneficiário: Watch Tower Bible & Tract Society of Pennsylvania - Honduras, no valor de US\$ 40.000,00 (R\$ 70.320,00, fls. 27);

Demais documentos relativos às remessas ao longo do período compreendido entre 1999 e 2005

- petições de fls. 153/155, 157/186, 191/195, 197/226, 230/259, 267/296, 322/351, 353/382, 384/413, 415, 417/418, 420/467, 469/573, 575/622, 624/674, 678/727, 729/783, 785/832, 834/881, 885/924, 928/934, 949/995, 997/1023, 1025/1051, 1053/1079, 1081/1107, 1109/1172, 1174/1227, 1232/1259, 1292/1289, 1292/1319, 1322/1375, 1379/1406, 1419/1459, 1462/1502, 1506/1533 e 1541/1582.

Foram, dessa forma, cabalmente demonstradas a finalidade e as destinações das remessas realizadas, conforme os documentos expedidos por meio das autoridades e responsáveis em cada um dos países, trazidos mediante tradução juramentada.

A doutrina de Ives Gandra da Silva Martins esclarece que:

“Igrejas sediadas no exterior. *Remessa de recursos. Desimportância.* ‘Não há, pois, a menor dúvida de que as instituições religiosas são imunes e sua imunidade é incondicional, apenas havendo a restrição do §4º do art. 150, se as doações recebidas dos fiéis forem destinadas a atividades mercantis - hipótese em que perderiam a imunidade para não gerar concorrência desleal com outras empresas de fins lucrativos, que atuem na mesma área de exploração mercantil escolhida pelas igrejas. *Fora a hipótese do §4º, não há qualquer limitação imposta às igrejas na aplicação de seus recursos*, lembrando-se que as igrejas históricas cristãs, de fundadores conhecidos, são igrejas plurinacionais, em que seus fiéis comungam da mesma crença e ideais, independente da nação em que vivem, e se auto-auxiliam na expansão da fé e dos princípios de caridade e benemerência. O toque mais relevante de tais igrejas é sua universalidade e sua auto-comunicação, como acontece com a Igreja Católica romana, cujas diretrizes de preservação da fé e de definição missionária se conformam em Roma, ou com a Igreja Adventista, cuja General Conference Corporation of Seventh-Day Adventists está sediada nos Estados Unidos. Em outras palavras, todas as igrejas históricas são Igrejas Universais, espalhando seus movimentos catequéticos e obras de benemerência e difusão da fé e de valores por todo o mundo (MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Questões Atuais de Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 241/242, e RDDT 28/68, jan/98). (PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e Jurisprudência*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 247)”.

Destaque-se que a Constituição não fez referência somente a igrejas históricas, conceito indeterminado que não pode ser aplicado no presente caso, inclusive por força da norma do artigo 489, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015, não cabendo ao magistrado explicitar a questão, sob pena de adentrar em perigoso ativismo jurisdicional. Ao contrário, colhe-se do teor das garantias constitucionais estabelecidas pelo artigo 5º, inciso VI a VIII, que a liberdade de crença é ampla e irrestrita e, por isso, aplicável a todos os credos.

É possível, ainda, estabelecer um paralelo com a imunidade recíproca das pessoas jurídicas de direito público, prevista no artigo 150, inciso VI, letra “a”, que decorreu do empenho de Rui Barbosa para incluí-la na Constituição de 1891, tamanha a repercussão do julgamento pela Suprema Corte, nos Estados Unidos da América, do *leading case*, cuja discussão versava sobre a cobrança de imposto exigido pelo Estado de Maryland sobre o Banco Oficial daquele país, no qual o Juiz John Marshall proferiu a célebre frase: “a competência para tributar por meio de impostos envolve, eventualmente, a competência para destruir”.

Nem se diga, apressadamente, que as imunidades recíproca e genérica têm o mesmo plano no que se refere às exigências para a sua fruição. Não é assim. A *imunidade recíproca* não encontra sequer um óbice ao seu gozo, bastando a existência da pessoa jurídica de direito público, a saber: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, quanto a estes, quanto novos forem capazes de criar. A *imunidade genérica dos templos*, por sua vez, enfrenta apenas

um óbice, qual seja: a necessidade de comprovar que a sua renda, o seu patrimônio e os seus serviços estão intimamente relacionados com as suas finalidades essenciais.

Nesse diapasão, é possível mencionar a manifestação da Colenda Suprema Corte quanto às remessas ao exterior do Município de São Bernardo do Campo-SP para fins de pagamento de juros de dívida pública. Ora, toda e qualquer atividade dos entes federados é, por excelência, considerada pública e essencial à sua existência. Logo, não é possível constatar que se assemelham integralmente a remessa de valores de um Município e de um templo. Porém, a diferença que se estabelece está relacionada apenas e simplesmente à prova, por parte da entidade mantenedora do templo, de que a destinação atende a sua finalidade essencial, o que é dispensado no caso da imunidade recíproca dos entes federados.

DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA SOBRE REMESSA DE JUROS AO EXTERIOR DECORRENTE DE CONTRATO DE REPASSE DE EMPRÉSTIMO EXTERNO FIRMADO POR MUNICÍPIO. OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA QUE RECAI SOBRE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 19, III, DA CARTA DE 1967/69. PRECEDENTES. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULA 454/STF. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. PROCEDIMENTOS VEDADOS NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. EVENTUAL OFENSA REFLEXA NÃO VIABILIZA O MANEJO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 102 DA LEI MAIOR. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 28.4.2006. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do que assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal. Entender de modo diverso demandaria a análise da legislação infraconstitucional aplicada e prévio reexame da interpretação conferida pelo Tribunal de origem a cláusulas contratuais, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. Desatendida a exigência do art. 102, III, “a”, da Lei Maior, nos termos da remansosa jurisprudência desta Corte. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastream a decisão agravada. Agravo regimental conhecido e não provido.

(AI 737061 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 25/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-242 DIVULG 10-12-2014 PUBLIC 11-12-2014)

Vale repetir, que a Constituição garantiu a liberdade de crença, na forma de seu artigo 5º, incisos VI a VIII, e, além disso, balizou a concessão de imunidade tributária à renda das entidades mantenedoras dos templos de qualquer culto, na forma de seu artigo 150, inciso VI, letra “B” e § 4º, requerendo, para tanto, o firme propósito da beneficiária de perseguir as suas finalidades essenciais. Logo, considerando-se a ausência de quaisquer outras restrições normativas ao direito de gozo da imunidade e, ainda considerando que é parte da finalidade essencial da autora: “pregar as boas novas do Reino de Deus sob Cristo Jesus, em todas as partes da Terra, em testemunho do Nome, da Palavra e da Supremacia do Onipotente Deus, Jeová”, é de rigor o acolhimento do pedido inicial.

A hipótese de incidência do imposto de renda

Por derradeiro, é mister investigar a hipótese de incidência tributária para fins de se aferir se o imposto exigido pela União refoge à estreita esfera da imunidade dos templos aplicável às suas finalidades essenciais.

O imposto sobre a renda, cuja competência foi atribuída à União, na forma do artigo 153, inciso III, foi disciplinado pelo Código Tributário Nacional em seu artigo 43, incisos I e II, cujas

normas estabelecem o conteúdo da hipótese de incidência, *in verbis*:

Art. 43 - O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - da renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;
II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

A essência do conceito de renda dos templos abarca os valores recebidos, diretamente, a título de doações dos fiéis, ou, indiretamente, a partir das aplicações financeiras dessas doações, para fins de preservação de seu valor e, assim, do patrimônio da entidade religiosa.

Ora, se esses valores são imunes, eis que decorrem de atividades reconhecidamente inerentes ao papel do templo, a aplicação desses mesmos valores não pode configurar ocorrência do fato gerador tributário, no caso, do imposto de renda. É que essas importâncias decorrem da função social exercida pelos templos, logo, a aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica de renda não ocorre com relação a esses valores, pois o fenômeno da imunidade afasta o direito de tributar da União na sua essência, impedindo-o de nascer com relação à entidade imune.

Além disso, nessa mesma senda, a decisão quanto à aplicação desses mesmos valores, em objetivos que evidenciam as finalidades essenciais do templo, também impede a ocorrência da hipótese de incidência tributária do imposto de renda dos templos de qualquer culto, eis que de renda não se tratam. Não há incremento de patrimônio, nem tampouco aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, uma vez que os objetivos perseguidos também são imunizados.

Vale frisar que não se trata de controverter a respeito da remessa em si, ou questionar se não seria caso de aplicação em território nacional. Não se cuida disso. Os valores serão remetidos, pois a autora está perseguindo o cumprimento de suas finalidades essenciais: a difusão da fé cristã.

Cuida-se, portanto, de aferir se o pagamento do IRRF não configura limitação às suas finalidades essenciais, na medida em que, se o seu propósito é exatamente a difusão da fé cristã, a redução do valor da remessa não estaria causando embaraço ao donatário no estrangeiro, mas, isto sim, à autora, que precisará despende recursos para fins de remeter o valor necessário à divulgação da crença professada.

Além disso, a vinculação da Administração no trato das questões tributárias é absoluta, daí não restar espaço para discricionariedade na imposição do que deve, ou não, ser estabelecido como hipótese de incidência a partir de aplicação desavisada da lei fiscal. A definição de renda, ainda que trabalhosa, deve ser apreendida da interpretação do sistema tributário como um conjunto de normas voltadas à efetividade dos direitos e garantias individuais. Assim, a interpretação conforme a Constituição assegura ao aplicador da lei a necessária coerência com o ordenamento.

É reconhecidamente indevida a exigência do imposto de renda sobre valores que não configuram renda, pois estão inseridos no âmbito da imunidade, ou também porque não caracterizam o cerne do fato gerador concebido como acréscimo patrimonial, conforme a lição do saudoso professor Rui Barbosa Nogueira que lembrava: “Vale dizer que, atualmente, é proibido captar riqueza, a título de imposto, de quem não tem ou sobre relação fática (base de cálculo) sem expressão de riqueza, porque isso seria ‘utilizar o imposto com efeito de confisco’

(art.150, IV)". (Imunidades. IBDT e Resenha Tributária, co-edição, 1990, SP, p. 45)

Dessa forma, mais uma vez Ives Gandra da Silva Martins ensina que: "desde que a destinação seja para a expansão da fé e para as missões, visto que não há restrição constitucional a que tais remessas se façam. Não vejo porque aplicar a tributação na fonte para as remessas objetivando exclusivamente a propagação da fé, lembrando-se que qualquer legislação inferior ou resolução do Banco Central impeditiva feriria e macularia a própria Constituição, se exigido pagamento de imposto de renda para a remessa." ('Imunidades Condicionadas e Incondicionadas - Inteligência do Artigo 150, Inciso VI e § 4º e Artigo 195 § 7º da Constituição Federal'. In Revista Dialética de Direito Tributário, nº 28, janeiro de 1998, SP, p. 82)

Nessa senda, a Colenda Suprema Corte afastou a incidência do imposto de renda incidente as aplicações de fundos de investimento das entidades fechadas, exatamente porque se evidenciou a ausência de *finalidade lucrativa* retirando, assim, da incidência fiscal o seu supedâneo fático e jurídico, eis que prevaleceu a imunidade, conforme se verifica do seguinte aresto:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. INCIDÊNCIA DE IRPJ E DE CSLL. BASE DE CÁLCULO PARA AS EXAÇÕES. RENDA E LUCRO. NATUREZA JURÍDICA NÃO-LUCRATIVA DOS FUNDOS DE PENSÃO DETERMINADA POR LEI. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA MP Nº 2.222/2001 REVOGADA PELA LEI Nº 11.053/04. LEI Nº 10.426. INCOMPATIBILIDADE DA RETENÇÃO DO IRPJ NA FONTE. LEI Nº 6.465/77, REVOGADA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 109/01. ALEGAÇÃO DE NÃO OCORRÊNCIA DE FATO GERADOR DECORRENTE DE VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. NATUREZA JURÍDICA. EFEITOS. SITUAÇÃO QUE NÃO SE SUBSUME A TESE DE IMUNIDADE RECHAÇADA PELO PLENÁRIO NO RE 202.700. CONTRADIÇÃO VERIFICADA. ARTIGO 543-A, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL RECONHECIDA.

1. A CSLL e o IRPJ, respectivamente, e a natureza jurídica não-lucrativa das entidades fechadas de previdência complementar, determinada pela lei federal que trata dessas pessoas jurídicas (Lei nº 6.435/77, revogada pela Lei complementar nº 109/01, atualmente em vigor), em tese, afasta a incidência das exações, uma vez que a configuração do fato gerador desses tributos decorre do exercício de atividade empresarial que tenha por objeto ou fim social a obtenção de lucro. 2. *Os rendimentos auferidos nas aplicações de fundos de investimento das entidades fechadas, uma vez ausente a finalidade lucrativa dos fundos de pensão para configurar o fato gerador do tributo e as prévias constituições de reserva de contingência e reserva especial e revisão do plano atuarial, ao longo de pelo menos 3 (três) exercícios financeiros para aferir-se sobre a realização ou não do superávit, não equivale a lucro, sob o ângulo contábil, afastada a retenção do IRPJ.* 3. In casu, argui-se no recurso extraordinário a alegada inconstitucionalidade da regra do artigo 1º da MP nº 2.222, de 4 de setembro de 2001, ao estabelecer que a partir de 1º de janeiro de 2002, os rendimentos e ganhos auferidos nas aplicações de recursos das provisões, reservas técnicas e fundos de entidades abertas de previdência complementar e de sociedades seguradoras que operam planos de benefícios de caráter previdenciário, ficam sujeitos à incidência do imposto de renda de acordo com as normas de tributação aplicáveis às pessoas físicas e às pessoas jurídicas não-financeiras. 4. A natureza da entidade de previdência complementar em regra se contrapõe à incidência dos tributos de IRPJ e de CSLL, que pressupõem a ocorrência do fato gerador lucro ou faturamento pela pessoa jurídica, ante à previsão do artigo 195, I, a e c, da CF/88. 5. A inconstitucionalidade da MP nº 2.222/01, reclama, para apreciação dessa questão, a análise prévia sobre a possibilidade jurídica ou não na realização do fato gerador do IRPJ, que é objeto da referida medida provisória. 6. Repercussão geral reconhecida, nos termos do artigo 543-A do Código de Pro-

cesso Civil.(RE 612686 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 06/02/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 14-03-2014 PUBLIC 17-03-2014)

Por conseguinte, é da essência do gozo da imunidade fiscal outorgada aos templos a comprovação de que a renda, que, em tese, poderia vir a ser objeto de tributação, está relacionada com as suas finalidades essenciais.

Veja-se, mais uma vez, a lição da Desembargadora Federal Diva Malerbi: “Para fins de imunidade, as rendas auferidas pelas entidades mantenedoras dos templos de qualquer culto devem estar relacionadas, de modo direto, com os seus objetivos institucionais, apontados nos respectivos estatutos ou atos constitutivos. É o que estipula o § 4º do art. 150 da Constituição Federal. Assim sendo, o patrimônio, a renda ou os serviços da ordem religiosa hão de ser utilizados para fins religiosos ou na consecução de finalidade religiosa, a fim de que o princípio estatuído no § 4º do art. 150 tenha aplicação.

Enfim, dentro do espírito da Constituição, a entidade mantenedora dos templos, que aplica os alugueres e outras rendas que recebe, no atingimento de seus objetivos institucionais, tem direito à imunidade. Isto porque, neste caso, os rendimentos são os meios de que dispõe para o desempenho de suas funções essenciais.” (“Imunidade Tributária”. In: Ives Gandra da Silva Martins (Coordenador). Imunidades Tributárias. SP: Ed. Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998, - (Pesquisas Tributárias. Nova série; n. 4), p. 75).

Veja-se a esse respeito, a seguinte ementa de julgado desta C. Sexta Turma, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE . IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA. ARTIGO 150, VI, “B” DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ENTIDADE RELIGIOSA. EXIGÊNCIA LEGAL. VINCULAÇÃO ÀS FINALIDADES ESSENCIAIS. PROVA NÃO SATISFEITA. MANUTENÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS COM RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

1. A apelante alega que estaria beneficiada pela imunidade estabelecida pelo artigo 150, inciso VI, b, da Constituição Federal.
2. A imunidade , como regra de competência negativa, deve compatibilizar-se com os demais princípios que a Constituição consagrou, bem como alcançar apenas as hipóteses especificamente delimitadas pelo próprio texto constitucional.
3. Tomando-se o preceito constitucional, tem-se que a fruição da imunidade pretendida deverá estar conforme seus ditames e com a legislação infraconstitucional, ou seja, com o veiculado no artigo 9º Código Tributário Nacional.
4. A própria Constituição Federal, em seu artigo 150, § 4º, restringe a imunidade apenas aos impostos incidentes sobre o patrimônio, a renda e os bens destinados a serviços específicos, vinculados às finalidades essenciais da entidade.
5. Verifica-se que a apelante não comprovou que a renda tributada pelo IRPJ foi obtida com as atividades mencionadas em seu Estatuto Social e que a renda seria utilizada de acordo com suas finalidades essenciais.
6. *Não basta a mera juntada do Estatuto e dos comprovantes de pagamento de IRPJ sem a prova do fato, feita documentalmente, de que a renda seria utilizada de acordo com suas finalidades essenciais tal como exigido pelo artigo 333, I, do Código de Processo Civil, pois equivaleria a aceitar a alegação unilateral sem qualquer respaldo documental.*
7. A entidade religiosa não faz jus à imunidade invocada.
8. Precedentes.
9. Adequada a manutenção dos honorários em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), tal como fixado pelo juízo *a quo*, porquanto fixados com razoabilidade e proporcionalidade.

10. Negado seguimento ao agravo legal e à apelação.
 (TRF3, AC nº 0026755-36.2004.4.03.6100, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, SEXTA TURMA, v.u., j. 26/03/2015, e-DJF3 10/04/2015) (Grifei)

No mesmo sentido a manifestação da C. Terceira Turma, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. IPI E II. TEMPLOS DE QUALQUER CULTO. ARTIGO 150, INC. VI, 'B' DA CF. IMPORTAÇÃO DE PEDRAS VINDAS DE ISRAEL DESTINADAS A CONSTRUÇÃO DE TEMPLO RELIGIOSO. 1- A matéria em testilha - importação de pedras realizada pela Igreja Universal do Reino de Deus - já não merece maiores digressões no âmbito desta C. Corte, e em especial desta E. Turma julgadora, face ao julgamento unânime de repetidas Apelações/Remessas Oficiais com idêntico conteúdo, entre as quais destaco: 0011866-21.2011.4.03.6104, de relatoria do Exmº Desembargador Federal MÁRCIO MORAES e 0008737-42.2010.4.03.6104, de relatoria da MM Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO. 2- A Constituição Federal enaltece a liberdade de crença religiosa (cf. artigo 5º, incs. VI e VIII) e, olhos postos na instrumentalização e escorreita salvaguarda desse cânone, obstaculiza tanto à União como aos Estados e Municípios estatuírem impostos sobre os templos de qualquer culto (artigo 150, inciso VI, b), impedindo, assim, que a tributação viesse a onerar de tal monta determinada atividade religiosa, a ponto de inviabilizar-lhe, sub-repticiamente, o ministério. 3- Tem-se clara hipótese de imunidade constitucional, a que, de resto, se há de irrogar ampla exegese, a bem de se pôr a salvo da exigência tributária patrimônios, rendas e serviços da entidade religiosa, dêis que correlatos à sua atividade-fim, ou seja, à sua própria finalidade e ao regular funcionamento de seu mister. 4- Pedras naturais importadas de Israel que, por sua simbologia religiosa, serão empregues no revestimento da edificação de um templo religioso. 5- *Os materiais de construção em comento dizem, frontalmente, com a atividade-fim da entidade religiosa, tendo em conta o simbolismo delas para seus fiéis, insusceptível de alterações, nos moldes constitucionais, quer pela autoridade fiscal, quer pelo julgador.* 6- *Todos os documentos acostadas aos autos denotam que as Pedras de Israel foram adquiridas em grande quantidade com o único objetivo de revestir a edificação denominada Templo de Salomão.* 7- Inexistência de qualquer notícia a respeito de hipotética fraude fiscal e à circunstância de se tratar, a organização religiosa de que se cuida, de entidade monástica sem fins lucrativos, direcionada, à letra de seu Estatuto Social, unicamente à pregação religiosa, com claro enquadramento na categorização “templo de qualquer culto”. 8- Precedentes da Terceira Turma. 9- Apelação e remessa oficial não providas. (AMS 00033570420114036104, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/03/2015.)

A autora desincumbiu-se de demonstrar o estrito cumprimento da condição constitucional consistente no cumprimento de suas finalidades essenciais, conforme delineada pelas normas do artigo 150, inciso VI, letra “b” e § 4º do Texto Magno, trazendo aos autos farta documentação a indicar, nos diversos volumes de documentos, já referidos, a aplicação estritamente voltada à difusão da fé cristã, razão por que faz jus ao reconhecimento da imunidade tributária aplicável a todas as remessas documentadas no presente feito.

Assim, considerando a fundamentação acima desenvolvida, bem assim os documentos trazidos aos autos pela autora, é de se acolher em parte o pedido inicial, com fulcro nas normas do artigo 150, inciso VI, letra “b” e § 4º, da Constituição da República, que consagram a *imunidade genérica subjetiva dos templos de qualquer culto quanto ao recolhimento de impostos*, para fins de declarar a inexistência de relação jurídica tributária no que toca ao Imposto de Renda na Fonte sobre as remessas de valores destinadas às instituições religiosas das Testemunhas de Jeová localizadas no exterior, com a finalidade de “difundir os ensinamentos

e as verdades da Bíblia em toda a Terra e efetuar obras de caridade e de ajuda humanitária”, conforme as provas documentais apresentadas nestes autos, consideradas aptas a comprovar, efetivamente, a aplicação dos valores às finalidades essenciais da entidade religiosa autora.

A destinação dos depósitos judiciais realizados pela autora submete-se ao trânsito em julgado da última decisão proferida na presente ação, conforme precedentes do Colendo Supremo Tribunal Federal (ADI nº 1933, Ministro Eros Grau, Plenário, julg. 14.4.2010, publ. DJe 164, de 3.9.2010) e do Colendo Superior Tribunal de Justiça (EDcl no REsp 574034/PR, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 22.6.2004, publ. 2.8.2004; REsp nº 96.520/PB, Ministro Peçanha Martins, Segunda Turma, julg. 24.3.1998, publ. 3.8.1998).

Em face de todo o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação e fixo o ônus da sucumbência reciprocamente, em atenção ao artigo 21 do Código de Processo Civil de 1973 e do artigo 14 do Código de Processo Civil de 2015.

É como voto.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON - Relatora